

ソヴェト法とブルジョア法の比較可能性について

大木 雅夫

亡き江川英文先生によつて本稿の主題がわたくしに示唆されたのは、既に十年ほど前のことである。もちろん当時は、先生の洞察が容れられる機運にはなかつた。時が移り、ようやく問題の重要性が一般に意識され、わたくしもまた年来の主題にとりかかつていた時、先生の病は既に篤く、脱稿を目前にしながら別離の日を迎えなければならなかつた。今はただ謹しんでこの拙い論文を先生の御霊前に捧げ、天上の師のかわらない見守りを祈願するのみである。

序 説

第一章 比較法の基礎としての「多様性における統一性」

第二章 法の社会的経済的被制約性

第三章 比較法の対象としてのソヴェト法

第四章 異経済秩序間法比較の困難性——結びに代えて——

序 説

「科学がその固有の方法論に専心することをもつて主題とする場合には、その科学は病める科学である。」⁽¹⁾（ラー
トブルフ）。その意味において、比較法がもつばら諸法の比較方法に関する科学と解されるならば、それは、典型

的な病める科学となる。しかし比較法は、歴史的にはまさしく実用法学の一部として発展してきたものであり、昨今における比較方法論の——いささは過剰な——展開も、現実に行われた比較法研究に対する方法的反省の現われとも言える。⁽²⁾このように、方法論の展開が現実の研究に対して時間的に先行しえない限り、現実にはソヴェト法とブルジョア法との比較がほとんど行われていないわが国の現段階において、今わたくしがその方法を論ずることは、依然としていささか時期尚早であるとしなければならぬかもしれない。しかしわれわれの視野を国外にも広げるならば、そこには比較的高度の比較法的関心をもつてソヴェト法の研究がなされてきたという事実がある。のみならず、ソヴェト法は、現在ではローマ・ゲルマン法系及びコモン・ロー体系に併立する独立の法系としての社会主義法系の支柱にまで発展した。その事実直面して、⁽³⁾ダヴィドは、今や資本主義法と社会主義法との比較こそ、両ブロックの平和的共存という至高の課題の前で、比較法学者の不可避的任務であるとし、そしてハザードもタンクも、その比較がそれぞれアメリカ人の、或いはフランス人の法生活の改善に寄与しうることとを確言した。⁽⁴⁾わが国においても、いささか過度の専門的分化に煩わされ、ブルジョア法の研究者もソヴェト法の専攻者もそれぞれ自己の思考体系の枠内に止まり、他を顧みてそれと比較するという観点は久しく失われている嫌いはあるが、その反面においては、少くとも、特に社会主義建設の第二段階（スターリン憲法以後）におけるソヴェト法の研究は、戦後急速に進展し、その部会は、比較法学会におけるもつとも活潑な部会の一つを形成している。そしてようやくソヴェト法とブルジョア法の比較という比較法学における核心的問題が提起されるに至ったのである。

国の内外におけるこれらすべての経験に立脚し、かつ、そこにある緊急の要請を顧慮すれば、ことに両法体系の比較可能性に関する考察は、少くとも必要の前で正当化されうるものと思われる。もちろんこの分野の比較研

究について極めて経験の乏しいわたくしは、本稿の主要な部分において、もとよりソ連を含む諸外国の学説に頼りながら思索することで満足するしかないし、いささかわたくし自身の主張が含まれている場合にも、それらは問題の解決としてよりもむしろ問題の提起とみなされることを期待している。なお本稿の表題として掲げたソヴェト法とブルジョア法の比較可能性の問題は、元来比較方法論に属すべきものであろう。しかし、ここでは前述の理由に基づいて、方法論それ自体を構成しようとするつもりはない。すなわち、この分野の研究の現状においては、方法の純粋性(Methodenreinheit)を追求したところで、必ずしも実り多い結果が得られるとは限らないし、その実践的適用も期待しえないからである。従つて本稿においては、むしろ両体系の異質性という主張からその比較可能性の全面的否定に飛躍する通俗的見解に反対し、或る程度まではその比較が可能であり必要でもあるという結論にまで到達したいと思う。もちろん今、この研究に着手する端緒において、それは結論ではなくて仮設であるにすぎない。すなわちそれは証明されるべき仮説であり、その証明に際しては、できる限り多角的に得られる蓋然的資料からそれを証明するト・ピッシュな方法を採用する。しかも或る程度までは比較が可能であり必要でもあるという仮設がここで立てられている以上は、表題に掲げた問題も、しばしば解答を決定的なイデオロギー的対立に導くような、「比較は可能か否か」という意味に単純に理解されることは、わたくしにとつて望ましいことではない。もちろん本稿においては果しうると思えない願いではあるが、潜在的にもせよわたくし自身は、その問題の背後に、「どの程度までその比較は可能であるか」という問題を常に意識しているということであらかじめ理解して頂きたいと願うものである。

(1) Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., 1958, S. 242.

(2) ハグのなした比較法の歴史に関する詳細な研究は、現実に行なわれた比較法を例示しながら、比較法の課題と方法の論議に堅固な基礎

を与えようという意図でなされたことを想起されたい。(Hug, The History of Comparative Law, in: Harvard Law Review 45 (1932) 1027~1070, 特に p. 1029.) なお、マックス・ウェーバーが方法論それ自体を自己目的としては研究しなかつたということは、正しい行き方であつたとわたくしには思われる。(金子榮一、マックス・ウェーバー研究、一九五七年、二八頁)。

(c) David, Les grands systèmes de droit contemporains, 2. éd., 1966, p. 151.

(4) Hazard, Comparative Law in Legal Education, in: Chicago Law Review 18 (1950/51) 266 f.; Tunc, Cours de grands systèmes de droit contemporains, (Les cours de droit), 1964~1965, p. 20.

第一章 比較法の基礎としての「多様性における統一性」

伝統的比較法理論においては、「比較可能なもののみが比較しうる。」という極めて当然の命題が支配する。そこで何が「比較可能なもの」であるかが問題になる。そしてそれは、比較可能性の認識論的基礎及びその所在として考察されなければならない。

まず比較可能性の認識論的基礎は、二又は多数の比較の項における何か共通なものの存在に求められる。すなわち、ノヴァーリスも言うように、「あらゆる認識は、比較に由来する」(, Alles Erkennen kommt aus dem Vergleichen.)⁽¹⁾のものであり、知ることとは比較することである (Wissen ist Vergleichen.)⁽²⁾。そしてこの認識は、比較される或る項から他の項に進み、他の項から或る項に立戻るといふ循環的過程において得られ、かつ、増大する。まさしくその過程において、それぞれの項の個性や一般性は認識されるのである。こうして比較は、比較される諸項における異同の確認をその根元的基礎とするものであり、その限りにおいては、それらの諸項の間に「或る共通なもの」の存在が必ず前提されなければならない⁽¹⁾。すなわち、比較される対象における最小限度の同質性の要素、いわゆる類質同晶(isomorphisme)の要素或いは共通分母の存在が不可欠である⁽²⁾。それなしには、す

なわち、それらの諸項がまったく異質的である場合には、比較はそもそも意味をなさないからである。言いかえれば、比較可能性、従つてまた比較法の根拠は、現象面の多様性の背後における統一性 (die Einheit in der Vielheit ; l'unité dans la diversité) にあるのである。

次にその比較可能性は、どこにその所在を見出しうるであろうか。その標識は、まず比較の対象たる諸項の起源の共通性に求められ、次いで、かかる起源的共通性が存在しない場合には、それらの諸項間における構造的乃至機能的類似性に求められる⁽³⁾。起源を共通にする諸法間の比較可能性は、経験的に自明のことに属するので、ここでは多言を要しないと思われる。そして起源の共通性はいわゆる法系の分類における主要な標識の一つとされているから、ヨーロッパ大陸における諸国法間の比較とかイギリス法とアメリカ法の比較、或いはドイツ法と日本法の比較のように、同一の法系に属する諸国法間の比較がその主要な例となるであろう。実際、例えばヨーロッパ大陸の諸国法間の比較が可能とされる根拠は、主としてそれらがローマ法又はゲルマン法に由来することにあると考えられる。しかも法系の分類に関する若干の見解の対立を留保して言えば、互いに一世紀を隔てて編纂されたナポレオン法典とドイツ民法典が共にロマネストとゲルマニストの抗争、従つてまた両者の協力の所産であるという事実が典型的に示しているように、ヨーロッパ大陸諸国法は、これらローマ法とゲルマン法の融合同化のうえに、いわゆるローマ・ゲルマン法系 (famille romano-germanique) という単一の法系に総括されうるのである⁽⁶⁾。このような意味において、起源の共通性は、多くの場合、同一法系内の諸国法の比較可能性を基礎づけるのであるが、更に法系の概念をもちだすまでもなく、個々の制度について継受乃至模倣を媒介としてこれを基礎づける場合もある。例えば一八三一年から第一次大戦までのイギリスの議会君主制とそれを模倣したヨーロッパ諸国の憲法体制や、ロシア革命初期の農業法とそれを模倣したエストニアやブルガリヤの農業法の場合がそれであ

る。⁽⁷⁾ ここで注意すべきことは、同一法系への所属であれ、継受乃至模倣の媒介であれ、いずれの場合にもそこでは文化的連続性⁽⁸⁾とか文明社会の基本的制度の一致⁽⁹⁾が前提されていなければならないことである。しかしこの問題は、別に論ずる機会があるので、ここでは立入らないことにするが、かかる前提条件を伴なう起源的共通性が存在しない場合であつても、もし比較される諸項間に構造的乃至機能的類似性があれば、それらの比較は可能である。すなわちそれらの諸項が同一種の或る量と他の量という量的相違に還元され、従つて機能的な異質性をもちえない場合はもちろんのこと、両者が異種のものであつても、それぞれの機能が互いに接近しているという関係にある場合がそれである。⁽¹⁰⁾ 例えば、債権者の断食による債務者に対する強制執行すなわち「絶食坐りこみ」(sitting dharna)がマヌ法にも古アイルランド法にも古ヘブライ法にもあつたように、また共有地 (Allmende)の使用に関する法がスカンディナヴィア諸国とドイツ・アルプスにまで広く行われていたように、或いはまたテュガナポレオンの組織した行政制度をディオクレティアヌスの行政制度と比較したように、起源的共通性が存在しないにもかかわらず生活条件の類似性が類似の機能を果す法制度を生み出している事実がある。⁽¹¹⁾ しかも個々の法制度についてのみならず、例えばヨーロッパ大陸法とコモン・ローの間においてさえ、両者間に起源的共通性はなく構造的に相違しているにもかかわらず、これら二つの法文化が或る共通な精神によつて満され、⁽¹²⁾ 個々の事件類型は、ほとんど常に同様な仕方で解決されていると言われる。⁽¹³⁾ ここにいわゆる機能的比較法 (funktionelle Rechtsvergleichung) の存在理由があり、現代世界の法生活が共通起源の体系の枠を遙かに越えて営まれている限り、むしろこの観点こそ現代比較法の不可欠の観点となつていることを、ここであらかじめ指摘しておこう。

- (1) Gino Gorla, « Diritto comparato », in: Enciclopedia del diritto, 12 (1964), p. 928; Walter Erbe, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, RabelsZ 14 (1942), S. 196.

(2) Langrod, Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique, *Revue internationale de droit comparé*, 1956, p. 365.

23

(3) Langrod, op. cit., p. 366.

(4) Zweigert, Zur Lehre von den Rechtskreisen, in : *XXth Century Comparative and Conflicts Law*, 1961, p. 48.

(5) 法系分類に関する多くの試みを見解の対立のうち、特に注目すべきものは、ダヴィッドがローマ法系とゲルマン法系とを一体とみなすか、これとロサン・ロー群を総括する単一のヨーロッパ法系を把握しようとする (David, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950), p. 222 et ss.; David, *Existe-t-il un droit occidental?*, *XXth Century Comparative and Conflicts Law*, 1961) の比較。ツェイゲルトがローマ法系とドイツ法系を区別し、かつこれらとロサン・ロー体系を併置せようとするのである。 (Zweigert, a.a.O., pp. 42~55.)

(6) David, *Traité*, p. 224, pp. 245~257; David, *Les grands systèmes de droit contemporains* (3rd ed., 1966, p. 12 et ss., p. 18 et s., p. 249 et s.

(7) ティムシホフ・川島、早川、石村共訳、*法社会学*、一九六二年、一二頁。

(8) この問題に関して特に重要な文献として Mittels, *Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, Abhandlungen der deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, 1947, Nr. 1, 1948, を挙げておく。

(9) エーホルリッヒも言うように、模倣が可能になるのは、「文明社会の基本的制度が一致するからである。もし二つの社会が、未開人種または現代文明人のボルシェヴィスト社会などひどく異なっていたら、法規の同様な移植は全然不可能となる」。 (Ehrlich, *The Sociology of Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 36, 1922~3, p. 143——ティムシホフ、前掲、一二頁から再引用)。

(10) Langrod, op. cit., p. 366.

(11) ティムシホフ、前掲、一一頁以下。

(12) Gorla, op. cit., p. 929.

(13) Ficker, *L'état du droit comparé en Allemagne*, *Revue internationale de droit comparé*, 10 (1958), p. 717; Zweigert, *Rechts-*

vergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949). S. 13.

比較可能性の基礎及びその所在に関する上述のいささか抽象的な理論は、ここで比較法の発展の現実に即して歴史的に裏付けておくことが適当であろう。

法比較の散発的諸現象を不分明の古代にまで求めようとしなければ、疑いもなく比較法は、一九世紀における実証主義精神の所産である。そして当初、それは比較立法 (législation comparée) という控え目な名称の下に生れたものである。一九世紀後半に入つて、ようやくナポレオン法典の羈絆から脱却しようとしたヨーロッパ諸国とラテン・アメリカ諸国においては、その反面において、諸外国の法律を比較することによつて自国法改善の素材を得ようとする試みが現われたのである。従つて、そこで選出された比較法の対象は、主として自国法改善の目的に役立つ範囲、すなわちローマ法とゲルマン法に由来する諸国法に限られていた。⁽¹⁴⁾ もちろん当時主としてドイツで発展したいわゆる人種学的法学 (ethnologische Jurisprudenz) を別とすれば、一九〇〇年のパリにおける比較法国際会議の出席者がポロックを除いてすべてヨーロッパ大陸諸国の法律家であつたという事実が象徴的に示しているように、その後比較法学の主流となるフランス比較法学の視野には、コモン・ローさえ含まれていなかったのである。そして当時ランベールの打ち出した「立法共通法」(droit commun législatif) は、ラテン・ゲルマン両民族の法の比較から得られるべきものとされていたのであり、サレイユのいわゆる「文明人類の共通法」(droit commun de l'humanité civilisée) においても、それが全人類の共通法を意味するものではなく、かれが行つたものは、主としてドイツ法とフランス法の比較にすぎなかつた。しかしかれは、その共通法によつて、「民法典編纂以前の旧フランスやドイツのような、慣習的多様性と多様な地方的立法を有した国々において、それらの特殊な法的多様性の上に、それを越えて形づくられる単一法の漸進的学說的構成なるもの」⁽¹⁶⁾ を意味し、ま

た、「特殊な諸法制度の全体から、形式の表見的多様性において普遍的法生活の根本的同一性を露呈せしめる共通の基礎、或いは少くとも接近点」⁽¹⁷⁾（要点―大木）を明らかにしようとしたことは、かれが比較可能性を、上述の「多様性における統一性」に基礎づけたものとして注目し値するであろう。

ところが第一次大戦の終結から第二次大戦の終結までに（一九一八年―一九四五年）、その事態は変つた。この時期に法の統一は或る幻滅に終り、それとともに比較法は、法の統一や自国法の改善という実践的目的のほかに、自国法及び外国法の認識の深化とか法哲学及び法史学研究の補助という理論的目的をも追求すべきであるということが明瞭に意識されるようになった。⁽¹⁸⁾しかしその反面において、比較法の空間的対象は、ようやくローマ・ゲルマン法系からコモン・ローにまで拡大されていた。ランベールは、従来の説を棄てて英米法をもその比較の対象に加へ、⁽¹⁹⁾レヴィ・ユルマンの比較法研究の主たる対象も英米法であつた。⁽²⁰⁾もちろん当時は、「イギリスのコモン・ロー」というような一般的なテーマが学位論文として通用しえた程度のもではあつたが、⁽²¹⁾ヨーロッパ大陸諸国と英米の双方において、互に他者の法に対する関心の高まりを示したことは事実である。⁽²²⁾そしてランベールをはじめ多くの比較法学者達が、この両体系間におけるあらゆる形式的多様性にもかかわらずその背後には或る実質的統一性が存在すると信じていたことは、その後この分野で実行された現実の比較研究の結果と相まつて、現在に至るまでに次第に一般的承認を得るに至つた。こうして一般にそこでは、法の精神における接近、正義感情及び道徳的觀念の共通性、法概念的相互的利用、及び両法系の混血法の存在が指摘され、⁽²³⁾或いは、大陸における制定法優位原則の弛緩と法規類似の原則としての確立された判例（ständige Rechtsprechung）の尊重、英米における先例拘束性原則の弛緩と制定法への漸次的移行の現象等が挙げられている。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾これらの一般的理由は、確かに両法体系における基本的統一性の存在を予想せしめるであろう。しかしここでわたくしは、それを若干の具体的実例⁽²⁶⁾

すなわち現実の比較研究の結果に拠つて裏付け、論旨の徹底をはかつておきたい。

まず契約不履行に基づく損害賠償責任は、大陸では当事者の「過失による」契約義務違反に基づいて発生し (BGB 第二七六条)、英米では、過失によると否とにかかわらず、その客観的な不履行が契約違反 (breach of contract) としてその責任を生ぜしめる。両者の原則は対立するが、それらは多くの例外によつて互に接近している。すなわち、ドイツ法においては、過失責任の原則が種類物売買に適用されないものとされており、またその判例と学説によれば、給付不能にもかかわらず給付を約束した者は、契約締結時にその不能を誤認するに相当の事情があつたとしても損害賠償の義務を負うとされている。これに対してコモン・ローは、特定物の債務につき、単純な債務者の担保責任の原則を制限し、かつ、一八九三年の動産売買法 (Sale of Goods Act) 第七条はこれを成文化し、特定物売買について過失責任の原則を定めた。その反面において、テイラー対コールドウェル事件以来の判例は、特定物の給付に際し、その物が債務者の過失によらずに滅失した場合、その給付義務も消滅するものとした。こうして、両者は、原則における対立にもかかわらず、多くの例外によつて相接近している。⁽²⁷⁾

次に、履行遅滞に基づく損害賠償に関して、大陸法によれば、その際にあらかじめ催告による付遅滞を必要とする (ドイツ民法典第二八四条、フランス民法典第一一三八条第二項等)。これに対して英米法は、この制度を知らず、契約に定める期間内、又はその定めがなければ適当な期間内に目的物の引渡がない場合に、買主は、催告するまでもなく直ちに損害賠償を請求することができる。しかしこの場合にも、原則における両者の相違は、必ずしも絶対的ではない。すなわち、ドイツ法は、契約が引渡期日を確定している場合 (BGB 第二八四条第二項)、又は、確定していなくとも契約の解釈によつて特定期日における履行が当然とされる場合には、催告を要しないとしている。この点についてはフランス法もほとんど同様であり、従つて大陸法における付遅滞の制度は、実は履行期

日が当事者にとつて格別重大でない場合に有効に機能している。これに対し、英米においても合理的期間の経過後に直ちに損害賠償を求めるとは限らず、現実の取引慣行によれば、買主は一定期限内における物の引渡を要求する「嚴重な書状」を送り、それが無視されてはじめて訴訟に入るとされている。⁽²⁸⁾従つて、実務の要求するこの「嚴重な書状」は、大陸諸国で法律上必要とされる付遅滞の手續と同一の機能を果している。

ここではこれ以上に深くこの問題を論ずる場所ではないので、立入つた研究は他に譲るけれども、少くともここに挙げた実例からだけでも、われわれは、大陸法と英米法の比較可能性を追認しえたと思われる。従つてもしわれわれが法の形式のみならず、とりわけ法の機能に注目するならば、これら二つの法体系における「生きた法」(law in action)は明らかに近似していると言うことができる。そこには、たしかに多様性における統一性がある。すなわち、両法系の間には、もちろん法の形式、構造、カテゴリー、概念、法源、司法組織、裁判官の権能、訴訟手續等に多くの相違があるにもかかわらず、その背後には「実質的」な共通性乃至類似性が存在している⁽²⁹⁾のである。ここにおいて「多様性における統一性」を見出すことは、かつてサレイエやランベールがヨーロッパ大陸諸国法間においてのみそれを求めようとした場合よりも恐らくは困難であろう。しかしその困難は量的なものであるにすぎない。そして、いずれにもせよ比較可能性、従つてまた比較法の基礎は、比較される諸法間に「多様性における統一性」が存在するということではなければならない、しかもそれは、大陸法とコモン・ローの間にも存在しているのである。

われわれの比較法は、このような理論的情況において第二次大戦の終結後における新しい展開を迎えることになつた。この時期に、われわれは、人類の三分の一を占める人口が社会主義法の支配下に生活している現実を見る。このことは、巷間に言い古されたことばとして受けとられてはならない。自然科学者はもとより政治学、経

済学、文学、音楽、芸術等の専門家から、バルトやブルンナーのような神学者に至るまで、社会主義の文化について語らざるをえなかつたことを知らなければならない。しかもこの時期に、比較的保守的な思考習性から脱し、⁽³⁰⁾ 難しい法律家も、ようやく資本主義法自体が或る転換期にある事實は認めようとしている。もちろんわれわれは、この法の将来における発展を予言し、それが或る特定の法則に従うかのような主張をするつもりはない。一九世紀の科学思潮が許した「法則」ということばの乱用に対して、アンリ・ポアンカレも言うように、現在では自然科学者でさえその探求の目標を法則ではなくして「仮説」⁽³¹⁾ においているのであれば、われわれの社会科学においても厳密な意味においては「法則」を語りえないからである。しかしこのような留保をおいた上においてもなお、確実に言えることは、少くとも現在、われわれが社会主義法を人類の貴重な経験として学ぶことそれ自体の必要性を無視しえないということである。そしてまさしくここにおいて比較法は、新たな問題と対決せざるをえなくなつたのである。すなわち、ブルジョア法とソヴェト法との間においてもまた「多様性における統一性」の存在が認められ、従つてまたそれらの比較は可能であるか否かという問題がそれなのである。

- (14) David, *Systèmes*, p. 4 et ss.
- (15) Lambert, *La fonction de droit civil comparé*, 1903, p. 917, p. 920 ; H. Capitant, *Conception, méthode et fonction du droit comparé* d'après R. Saleilles, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, 1914, p. 92. 大木「ヨーロッパ共同体における法の統一」『法学』第四号、一九六二年、六七頁。
- (19) Saleilles, *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques*. A propos d'un livre de M. A. Straffa (La liquidazione delle Società Commerciali). *Ann. dr. comm.*, 1891, t. 5, 2. partie, p. 226, cité par J. Ionesco, *L'œuvre de Raymond Saleilles en droit civil comparé*, (Thèse), 1919, p. 71.
- (21) Saleilles, *Rapport à la Séance générale de clôture du Congrès international de droit comparé de 1900*, *Procès-Verbaux*

des séances et documents, t. 1, 1905, p. 143.

(18) 第一次大戦後にレヴィ・ユルマンは、法の統一や共通法の発見という普遍人類的目的 (*fins humanitaires*) のほかに、実利的目的 (*fins utilitaires*) 及び理論的目的 (*fins scientifiques*) をも比較法の奉仕たる目的と認めた。cf. David, Lévy-Ullmann et le Droit comparé, L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann, (Ouvrage publié sous la direction de J. de la Morandière et M. Ancel, 1955, p. 76.).

(19) ランベール・石崎訳、国際連盟の共通法、その現在および将来における機関、日仏文化、第三輯、昭和八年、一七一頁。

(20) cf. L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann 所収の諸論文、特にその一二三頁以下。

(21) cf. Ancel, La "common law" d'Angleterre, 1929. ランベールは言ふ。「一九二〇年代まで、大陸の法律家達は、アメリカ法について何らの明確な観念を有しなかった」、イギリスの諸制度に関する知識は、法史、地方行政或いは商法について書いた一握りの学者達の独り物であった。」(Rabel, Private Laws of Western Civilization, in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, 1967, S. 312.).

(22) Gorla, op. cit., p. 934.

(23) David, Traité. pp. 292~295.

(24) Zweigert, Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 16 (1960/51) 389 f; Der-selbe, Zur Lehre von den Rechtskreisen, XXth Century Comparative and Conflicts Law, p. 50.

(25) これらの一般的理由については、大木、前掲、六八―七一頁を参照されたい。なお、Rabel, op. cit., (註33), S. 318 ff.

(26) 以下の例は、シャイニバルトの研究による。Zweigert, Des solutions identiques par des voies différentes, Revue internationale de droit comparé, 1966, No. 1, pp. 5~18.

(27) Zweigert, op. cit., p. 10 et ss.

(28) Zweigert, op. cit., p. 13 et ss.

(29) Gorla, op. cit., p. 934.

(30) 中へは、Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code napoléon, 1920 著、最近では、リビーンに替わって、た記全集大集、《Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, 1950 著》、ハーマンの八〇年代論文集、《Das deutsche Privat-

recht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, 1956》、デューク・ユークス記念論文集が《Vom deutschen zum europäischen Recht, 1963》、更にカール・ハイマン社一五〇年記念論文集が《Recht im Wandel, 1965》という表題を掲げていることに注目されたい。

(31) カール・清水訳、歴史とは何か (岩波新書)、一九六二年、八二頁以下。

第二章 法の社会的経済的被制約性

ヨーロッパ大陸諸国法間及び大陸法とコモン・ローの間における比較可能性を根拠づけるものは、それぞれの間に「多様性における統一性」という或る高次の共通基礎の存在であつた。かかる共通基礎がソヴェト法とブルジョア法との間にも存在するならば比較は可能であり、もし存在しなければ比較は無意味である。しかし、その存否に関する従来の主張は、しばしば国際政治の局面に大いに左右されてきたようである。しかもその比較可能性の存在は、暗黙に前提されてはいたが、必ずしも方法論的反省を伴うものではなかつた。すなわち、最近に至るまで、ブルジョア法学者は自己の法とソヴェト法の比較の基準として当然にブルジョア法のそれを用い、それに基づいてソヴェト法を評価したために、ブルジョア的法形式とソヴェト的法形式の共通性に幻惑されて、ソヴェト法の独自性を否定し、或いは、ソヴェト法がブルジョア的個人主義的イデオロギーに対応しない場合には、その法的性格を否認するという結果に導いていた。⁽¹⁾ 他方においてソ連法学者は、もっぱら法の階級的性格を強調し、ソヴェト法をもつて最高の類型の法と規定し、かかるものとしてのソヴェト法を基準にしてブルジョア法と比較していたために、ブルジョア法の諸制度は搾取者の性格を有するものとして当然に蔑視の対象とされていたのである。⁽²⁾ しかしそのいずれも真の比較の観点を欠き、比較可能性や比較方法に関する省察を欠いていた。すなわち、まず、内外諸法が比較されれば、それらがよりよく認識されることは当然であるが、かかる比較法をもつ

ばら自国法の優秀性を宣伝する用具として用いることは、まったく比較法の精神に反する。比較法は、元来自国法の不完全さを自覚することから出発し、その改善又は優秀法への志向を示すものであつて、あらかじめ自国法を優秀法と信じている者にとつては、はじめから比較法は無用なのである。次に、法の外面的形式の類似性の確認によつて、ソヴェト法に新しいものなしと主張することも、ソヴェト法発展の五〇年の歴史と現在それが果している特殊な機能を見捨てるものであり、まったく比較法には無縁な主張である。最後に——そしてこれはわたくしには最も重要なことのように思われるのであるが——思考の方法として、或る特定の原理から出発して、演繹的に自己の思考の体系を構成する方法は、もしその原理自体が疑われるとき、それによつて構成された全体系もまた崩壊の危険にさらされざるをえないのである。⁽³⁾そしてまた、或る所与の問題に対して、もし自己の有する体系から出発し、この体系の枠内でこれを考察しようとするならば、その問題がその体系の枠内に入り難いとき、この問題は真の問題ではなくして見せかけの問題 (Scheinproblem) であるとして無視されざるをえない。ここでは所与の問題に対する何らの解決も見出しえないのである。⁽⁴⁾にもかかわらず、今ここに提起されているようなブルジョア法とソヴェト法の比較という問題に対して、ほとんどかかる体系思考 (Systemdenken) によつて処理されていたことは否定し難いように思われる。このようにして、これらの方法的過誤を免れえなかつたブルジョア法とソヴェト法の比較は、それをも敢えて比較法というならば、いわゆるイデオロギー的比較法 (ideologische Rechtsvergleichung) という特徴づけを免れえないものだったのである。⁽⁵⁾

(1) Monique et Roland Weyl, Y a-t-il une conception marxiste du « droit comparé » ? La nouvelle critique, Juin 1961, p. 141.

(2) Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, Rabelsz. 26 (1961) 201. ソヴェト法の文献においては、ほとんど常にブルジョア法に対する言及がなされているが、その場合には、一貫してブルジョア法の搾取者の性格を「曝

露」し、ソヴェト法の優秀性を「宣伝」するためになされている。(Loeber, a.a.O., S. 215.)

(3) Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl., 1965, S. 4.

(4) Viehweg, a.a.O., S. 16f. なお、フーヴェークの所論について、わたくしは、他日立ち入った検討を加えるつもりである。

(5) Loeber, a.a.O., S. 216.

ソヴェト法とブルジョア法の比較がこのイデオロギー的比較法の枠から脱却しようとする努力を示しはじめたのは、ようやく一九五六年のソ連共産党第二〇回大会綱領が「社会主義国家と資本主義国家の平和的共存は、人類社会発展の客観的必然(объективная необходимость)⁽⁶⁾」である。」という劃期的な宣言をなし、西側諸国においてもそれを至高の課題として承認せざるをえなくなつた時期においてである。そこでは国際的な相互理解と協力が不可欠の前提をなしていることは言うまでもない⁽⁷⁾。しかもその当時からソヴェト法学の側においては、それが過去のドグマ的図式主義から脱却せざるをえないという明確な意識が高まつてきたのである⁽⁸⁾。こうしてようやくその比較の観点がこの分野に登場したとき、そこでは法の社会的・経済的被制約性の問題があらためてもつとも尖鋭な先決問題と思われざるをえなかつたのである。

この問題を既存の体系に基づく思考によつて解決しようとすることは安易である。しかしそれは、本稿におけるわれわれの窮極的問題に対する解答にはならない。従つてそれは、新しい問題として考察され、既存の体系とは別個にそれ自体に対する解答を求めるといふいわゆる問題思考(Problemdenken)の方法によつて接近されざるをえないであろう。実際、伝統的ブルジョア法学の根底にあるものは、法の普遍性と連続性の思想である。この思想は、そのコロラリーとして、諸法制度が制度的等価物から構成されるものであり、それらの任意の組合せから任意の形態が形成されるという原理を打出し、同時にそれは、法形式の独立性とその自由移動のテーゼを導き

出す。すなわち、グルジボフスキーは、ソヴェト型の社会もまた非社会主義法の諸要素なしにはすまされないと⁽⁹⁾し、⁽¹⁰⁾バーマンは、ソヴェト法にビザンチン、モンゴル並びに西欧の法制度の遺産を看取したのである。⁽¹¹⁾このような伝統的ブルジョア法学の根本的立場の当否に関するわれわれ自身の判断はしばらく留保することにして、まずそれに対する批判に注目するならば、その批判は、言うまでもなく、上部構造に対する土台の規定的役割の原理から出発する。すなわち社会の形態を形成する生産関係は、更に社会の諸見解や諸制度の内容を形成する。言いかえれば、社会の政治的、法的、宗教的、芸術的、哲学的諸見解並びにそれらに照応する政治的、法的及びその他の諸制度は、その土台たる経済関係によつて決定される。⁽¹²⁾こうして法は、一般にその適用される社会の経済構造によつて決定されるものとされる。そして更にソヴェト法学者の一般に説くところによれば、社会主義法の内容は、社会的、社会主義的所有権と搾取から解放された労働者の同志的協力関係とに立脚して、労働者階級とすべての勤労者の意思を表現するものであり、これに反してブルジョア法は、私的所有権と階級的搾取に立脚し、社会全体に附着したブルジョアジーの意思を表現するものであるとされる。⁽¹³⁾そしてまたそれ故に、ジフスとともに言うならば、ソヴェト法の研究に際しては、その形式をその内容との不可分の関連において、すなわちその形式もまたその内容と同様に、歴史的社会的諸条件のまったく具体的な表現として把握されるべきものとされている。⁽¹⁴⁾これをヨッフエの挙げる具体的実例によつて確かめることにしよう。かれによれば、フランス民法典第一五八二条において、「売買とは、一方の当事者が或る物を引渡す義務を負い、相手方がこれにその代金を支払う義務を負う合意である。」と定められ、ロシア共和国民法典第二三七条においては、「売買契約によつて、売主は、物を買主の所有に引渡す義務を負い、買主は、この物を受領し、かつ、それに対して一定の金額を支払う義務を負う。」と規定されている。両者の規定は、ほとんど文字通り一致している。しかしそのことから両者がまつた

く同一の機能を果すということにはならない。それぞれの規定が機能する資本主義社会と社会主義社会におけるそれぞれの価値関係乃至利害関係は、根本的に相違している。一方においては、商品生産は、自由に、かつ、最大限の資本主義的利潤を挙げる目的で行なわれ、他方においては、それは、計画に規制され、かつ、社会全体の物質的文化的欲望の最大限の充足のために行なわれる。より具体的に言うならば、いずれの場合にも売主は買主に物を引渡すのであるが、資本主義社会において自由に売買される物、例えば土地や企業は、社会主義社会では売買の対象とはなりえない。またいずれの場合にも買主は売主に代金を支払う。しかし資本主義社会ではその価額が市場の景気変動に左右されるのに対して、社会主義社会では、それは直接又は間接に計画によつて影響されるのである。⁽¹⁵⁾ ヨッフェのこの説明が示すように、外面的には同一の規定がこれらの相異なる社会において適用されるるとき、その実質的内容は著しく相違し、その法律的機能は極めて異つたものとなるのである。

法の比較に際してその形式と内容の不可分性における把握が要求されることは、右の一例のみによつても明瞭であろう。それどころかこの形式と内容の不可分性（Untrennbarkeit）は、クナップによれば、単なる平行関係（Parallelismus）ではないのであつて、法の比較研究に際して、その社会的・経済的諸関係を顧慮すること以上のことを意味している。法はその社会的・経済的内容とまつたく不可分であり、従つて二個の法規範がその形式において一致していても、それぞれがまつたく相異なる経済関係に立脚し、まつたく別々の階級的意思と利益を表現している限り、それらは本質的に相違しているのであつて、それらの比較から、或る共通な一般的概念を形成することは不可能である⁽¹⁶⁾と考へるのである。クナップのこの見解からすれば、法の抽象的な普遍性や連続性を基調とする伝統的比較法理論は、ブルジョア法とソヴェト法の比較に際してはなほだ無力であるという結論にならざるをえない。そしてそこで僅かに認められることは、両者間における比較という要素の稀薄な相互認識で

あり、従つてまた両者間における取引乃至交流を事実上いさめかは促進するという期待のみにあるということにならざるをえないのである⁽¹⁷⁾。

- (9) 《Программа Коммунистической партии Советского Союза》, стр. 59—Кожеников (Ответственный редактор), Курс международного права (Издание 2-е, переработанное и дополненное), Москва, 1966, стр. 65.
- (7) Кожеников, Там же, стр. 72; Rampundo, Peaceful Coexistence, 1967, p. 216, pp. 217~220.
- (8) Зинс, О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве, Советское государство и право, 1964, No. 3, стр. 24.
- (6) Зинс, Реакционно-утопическая концепция «синтеза» социалистической и буржуазной правовых систем, Советское государство и право, 1960, No. 6, стр. 59.
- (21) Grzybowski, Continuity of Law in Eastern Europe, The American Journal of Comparative Law, Winter, 1957, p. 73.
- (11) Bertman, The Comparison of Soviet and American Law, Indiana Law Journal, 1959, Vol. 34, No. 4, p. 563.
- (21) Marx, Zur Kritik der Politischen Ökonomie, Vorwort, 大月書店版「マルクス・エンゲルス選集」補巻二 三頁。Глезерман, Базис и надстройка в советском обществе, 1954, стр. 28.
- (13) Иоффе, О форме и содержании социалистического права, Вестник ленинградского университета, 1959, No. 11, стр. 89.
- (14) Зинс, Указ. соч. в (5), стр. 60.
- (15) Иоффе, Там же, стр. 87.
- (16) Knapp, Verträge im Tschechoslowakischen Recht—Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Gesellschaftsordnung—, RabelsZ 27 (1962) 499 f.
- (17) Knapp, a.a.O., S. 501.

相異なる経済秩序間における法の比較に対して伝統的比較法理論が未熟であることは疑えない。そしてその限りで、法の形式と内容の不可分性に基づくジフス、ヨッフエ及びクナップらの批判は正しいであろう。しかし伝統的比較法理論もまったく形式を内容と分離し、法を社会的・経済的諸関係と切離して考察しようなどとは必ず

しも考えていなかったことに注目しなければならない。それどころか、法と経済的土台との一面的関係ではなくして、むしろ法がより広汎な文化的諸要素と多面的かつ極めて密接に関係していることが強調されてきた。ここでは、ヴェーバーのいわゆる「諸観念と諸利害の対極的呼応」がその根底をなしているとみてよいと思われるが、同様にラーベルも次のように述べている。「法の諸問題を考察する素材は、過去現在にまたがる全地上の法であり、法と土地、風土及び人種との関係、諸国民の歴史的運命——戦争、革命、国家の創設、征服——との関係、宗教的及び倫理的諸観念との関係、個々人の名誉欲や創造力、商品生産の必要とその使用、諸階層、諸政党、諸階級の利害がその素材でなければならない。あらゆる種類の精神的潮流が作用する——封建制のみならず、自由主義も社会主義もそれぞれ別個の法を生み出すからである——。そして拓かれた法の進路の一貫性や、国家的、法的理想への希求も作用している。これらすべてのものが社会的、経済的、法的形成において相互に制約し合う。あらゆる発展した民族の法は、太陽や風の下で千通りにも色調を変じ、かつ、顫動する。これらすべての顫動する実体が集つて、何人も直観では把握しえない全体を構成している。」⁽¹⁸⁾このように法がそれ自体文化現象であり、その極めて多様な諸要素との関連において把握されなければならない以上は、法の形式が常にその内容と不可分のものとして考察され、或る法形式の现实生活面における機能の仕方に注目しなければならないのである。その意味においてわれわれの比較法は自ら機能的比較法でなければならない。そしてこの機能的比較法において例えば後見の制度を問題にする場合には、ドイツ民法典施行法第二三条にいわゆる「後見」(Vormundschaft)の概念がドイツ民法典における後見の意味に理解されるものではなくして、全文化世界がそれによつて理解するもの、すなわち、親権に服しない不完全行為能力者に対する代理乃至一身上の監護の規制を目的とする一切の法制度として把握されると同様の仕方では把握される必要があり、⁽¹⁹⁾従つてその際に、問題は、「いかなる場合

に外国法は後見の制度を認めているか」という仕方で提起されるのではなくして、「どのようにして、或いは、どの程度まで、外国法は、わが国の法が後見の制度によつて充足している法律的需要を充足しているか」という仕方で提起されなければならない。⁽²⁰⁾ここで繰り返して強調されるべきことは、このような仕方で法の問題が考察される場合には、その形式のみならずその内容が常にまったく当然に考察の対象でなければならないということが前提されているということである。法の形式と内容の不可分性ということは、そのような意味に理解されるべきものと思われる。言いかえれば、このような意味におけるその不可分性は、そもそも法の形式がその内容に対して或る相対的な独立性を保持しながら存在していることを前提としているのである。従つてそこで比較の媒介項として奉仕するものは、エッサーも言うように、形式と内容の盲目的な平行関係、従つてまた抽象的な不可分ではなくして、「構造的制約の下で乖離している諸形式の機能的等価性」(Gleichwertigkeit der Funktion von strukturbedingt abweichenden Formen)⁽²¹⁾である。そして再びエッサーとともに言いかえるならば、「実定的諸制度の歴史的に制約された構造的相違をくまなく照射して、同様の条件の下で同様に現われる問題性があるときに、いかにこれらの諸制度が現実と比較しうる『法の背後の法』(law behind law)ともなっているかという一般に承認された規制的内在的諸原則を照らしだすことがまったく実用的な比較法の課題なのである。」⁽²²⁾いずれにしてもこうして比較の第三項(tertium comparationis)は、法の形式においてではなくして、法の目的において見出される。実際、法の形態論が時間的構造的に制約されるのに対して、その機能は問題によつて規定され、従つて、或る普遍的な問題が提出される場合には、普遍的に比較可能性も存在すると言わなければならないのである。⁽²³⁾

以上に述べた思考の過程をたどるならば、クナップのように法の形式と内容の不可分性を抽象的に絶対視して、そこから直ちに比較可能性の否定に導びこうとすることは、確かに飛躍しすぎていると思わざるをえない

し、むしろこの機能的比較法においては、ソヴェト法とブルジョア法の比較も論理的には可能とせざるをえないようにわたくしには思われる。もしそうである以上は、われわれが当初に掲げた比較法の基礎としての「多様性における統一性」の原理は、相異なる諸形式の間における機能的等価性として具体化されたと言える。従つて、もしブルジョア法とソヴェト法の間にもかかる機能的等価物の存否を確かめうるならば、その比較可能性は、もつとも具体的に確認されることになるであらう。

- (18) Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Münchener Juristische Vorträge, Heft 1, 1925, S. 5.
- (19) Rabel, Das Problem der Qualifikation (1931), Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 2, 1965, S. 206.
- (20) cf. Zweigert, Méthodologie du droit comparé, op. cit., p. 589.
- (21) Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 348.
- (22) Esser, a.a.O., S. 29.
- (23) Esser, a.a.O., S. 356f.

第三章 比較法の対象としてのソヴェト法

(一) 強調の転換と質的転換

比較法の空間的対象は、歴史的に拡大されてきた。それは、ヨーロッパ大陸諸国法間の比較から、大陸法と英米法の比較に発展し、今やソヴェト法をはじめとする社会主義法もまたその対象に加えうべきかが問題になっている。この空間的対象の拡大は、ひとえに必要なものたらしめたものであり、「ディレッタントは比較する」という諺によつて正当化されるような性質のものではない。そしてその現在の必要は、資本主義諸国と社会主義諸国の平和的共存、そのための相互的認識、それに基づく精神的物質的交流の諸必要である。確かに国際的法生活

の必要は、「冒險旅行」(hazardous excursion)⁽¹⁾とさえ信じられていた大陸法と英米法の比較を敢行させ、その間にある比較不可能性のドグマを克服した。しかしその必要の前においてもブルジョア法とソヴェト法の比較に横たわる障害は、遙かに大きい。その障害は、何よりもまず、法の社会的経済的被制約性に基つき、社会主義経済秩序における法がブルジョア法とは異質であり、たとい形式的には同一の法も異質的に機能するという命題である。この命題自体は抽象的に正当であり、その限りでは争う必要がない。にもかかわらずこの命題がほとんどすべての人によつて無批判に反覆され、その結果これら両体系の比較を阻害しているという点に、まさしくわれわれの問題は横たわっている。すなわち、問題は、この命題を既に証明された公理ととるか、それともあくまで仮設とみるかということにもなるであろう。わたくしにとっては、その命題が抽象的にはいかに正当であつても、依然として仮設であるにすぎず、或いは少くとも射程距離の必然的に限定された主張であるにすぎないように思われる。従つてあらかじめここでは、その命題が比較法の観点からはむしろ極めて不完全な主張であるにすぎないことを証明する必要があるであろう。

まずその出発点となる法の社会的経済的被制約性は、法の普遍性と連続性に対するアンチテーゼである。しかし一方においてソヴェト法は、上部構造としての法が土台たる経済關係に対して奉仕的役割を果すべきこと、及び各種の上部構造相互間における關係すなわち倫理や政治が法に対して相關的關係に立つていることを承認して⁽²⁾おり、他方においてはブルジョア法学も、法が文化現象の一局相として他のあらゆる文化的諸要素によつて制約されることを当然のことと認めている。すると方法論的問題の焦点は、通常信じられている局面よりも互いに接近した場所にあるようであり、相違はまさしく接近方法の相違にあり、その起点の逆転にあるとしなければならぬ。或いはまた、それは、まず法形式の普遍性を強調するか、法内容の社会的経済的規定性を強調するかとい

う相違に還元されうるであろう。

次に資本主義法と社会主義法の異質性は、抽象的にはもちろん否定しえないが、無条件にその異質性について語ることは誤りであろう。そもそも法の異質性とは、それぞれの法がその形式内容ともにまったく別異のものである場合にはじめて言えることではなからうか。少くともソヴェト法は十月革命の勝利と同時にブルジョア法に対して異質性を獲得したわけではなく、それどころか、それはブルジョア法を消し難い母斑として継受することから出発した。新しい類型の法としての社会主義法の建設は、一九三〇年代以降のことに属する。⁽³⁾そして確かに現在われわれは、土地法、コルホーズ法、計画契約法等の分野において、法律的内容のまったく新しい規範を見出し、売買、請負、刑事責任等の領域では、言語表現上ブルジョア法に類似しながらも、別異の機能を果している規範を見る。しかしわたくしにとつては、それを越えて法の内面的形式における変更が完成したときに、ようやく法の異質性を語りうるもののように思われる。なるほどヨッフエは、ソヴェト法の形式における変更、従つてまたその独自性を主張する根拠として、第一に、社会主義法規範が単に規則であるのみならず、或る行為をなすべき国家的呼びかけ(государственный призыв)でもあること、第二に、それが義務を課さず、勧告的効力のみを有するものでありうること、第三に、強制処分をするためには、多くの場合にその必要的前提条件として、説得の措置が講じられていること等を挙げる。そしてそのような法の外面的形式の変更に伴つて、国家的諸機関の多くの機能は、次第に、社会的諸組織の管轄に移行すべきことを述べている。⁽⁴⁾しかしそれらの点をもつて、ソヴェト法の現実における異質性を証明するには足りない。例えば、プロイセン一般ラント法は、法律規範であるのみならず、官僚による臣民に対する道德教育の規範として見られたし、⁽⁵⁾多くの現代のブルジョア法は、国民に対する呼びかけをはじめ多くの綱領規定や訓示規定に満たされ、更にまた強制処分に対する説得の前置という形式

は、ブルジョア法にも決して無縁のものではない。従つてヨッフエの指摘は、現実における異質性ではなくして、将来における異質法としての発展の萌芽を示すものとみざるをえないし、その意味ではまた、両体系間には明らかに強調の転換があり、量的な相違があるというに止まらざるをえない。そしてもちろんヘーデマンのいわゆる国王条項 (Königlicher Paragraph) がドイツ民法典の個人主義的法形式を用いて団体主義的な問題解決を可能にしたと同様に、ロシア共和国民法典における権利の行使と義務の履行に関する規定 (第五条) とか国家と社会の利益に反する目的で行われた法律行為の無効に関する規定 (第四九条) のような一般条項が伝統的法形式の全体に対して新しい社会主義的内容を盛りこむことはありうるし、また法の全分野において既に存在する多くの独自ソヴェト法的要素が漸次増大して、質的転換を遂げるという可能性は極めて大きい。しかし少くとも民法典の全体をみると、そこにはあまりにも多くのブルジョア的法形式が維持されているので、少くとも現在の時点においては、未だ完全な異質性を語りうるまでには達していないようにわたくしには思えるのである。

最後に附言すべきことは、ふたたびブルジョア的法形式も社会主義経済秩序のもとでは異質的に機能するという判断についてである。その判断は、既に前章において掲げたヨッフエの設例を顧みるまでもなく、それ自体としては正当である。しかしその判断は、比較可能性を否定する主張としてはまったく無力であるのみならず、そもそもそれとは無関係のものである。実際、その命題は、同一形式の法が同一の機能を果すこと、具体的には、ストウーチカも指摘していたように、ソ連に継受されたブルジョア的法形式の法がそこにおいても長期にわたつてブルジョア的に解釈され適用されざるをえなかつた⁽⁷⁾という歴史的事実を否定しうるものではない。のみならず、それはとりわけ、エッサーとともにわたくしも主張しているところの「相異なる形式の法が等価的機能を果しうる」という事実をいささかも否定していない。従つて、ほとんどすべての人々によつて自明のこととして信じら

れ、あまりにもしばしばくり返されているこの主張は、はなはだ一面的な主張であり、それをもつて直ちに比較可能性の否定を導き出そうとすることは、恐ろしく大胆な論理操作としなければならないであろう。

これまでに種々の観点から加えてきた検討の結果として、われわれは、ソヴェト法とブルジョア法の異質性が両者間の比較可能性を排除する程度には未だ達していないと言わなければならない。すなわち、そこには明らかに強調の転換があり量的相違がある。しかしそれが質的転換をもたらす可能性を保持しえても、現在その異質性は決して絶対的なものではないのである。

(1) ラーベルは言う。「北海と大西洋の両岸における法律家達の一般的な見解では、法的世界の他方の半分において研究を敢行することは、暗黒大陸への冒険旅行であると信じられていた。多くの人は、今日でもそう思っている。『シヴィル』ローは、他の人々によつてコモンでない (uncommon) と考えられ、『ロモン』ローは、何かシヴィルでない (uncivil) ように思われている。」(Rabel, *Private Laws, in: Gesammelte Aufsätze*, Bd. 3, 1967, S. 312 f.). 続いてかれは言う。「しかし一つの結論が安全なものである。すなわち、コモン・ローとシヴィル・ローは、まったく比較可能な二体系である。それどころか、それらは、あまり遠くない親類であり、そしてそれらは、互に着々と歩み寄っている。」(Rabel, *aa.O.*, S. 313.).

(2) エンゲルスは言う。「政治的、法律的、哲学的、宗教的、文学的、美術的等々の発展は、経済的發展の上に拠っている。しかし、これらのもののすべては、相互の間にも、また経済的土台の上にも反作用を及ぼす。そして、経済的狀態が原因で、ただひとり能動的であり、他のすべての状態はただ受動的な作用である、というのではなくて、その交互作用は、究極において、つねに自己を貫いて遂行するところの経済的必然の上に行われるというのである。……経済的狀態が自動的に作用して行くのではなくして、人間自らその歴史を作るのである。……ただ経済的關係は、たとい他の政治的ならびにイデオロギー的關係によつて影響されるとはいつても、しかし究極においては決定的なものであり、かつ、これをたどつてのみ理解に導かれるところの一貫した赤い糸をなすものである。」(エンゲルス「シュタルケンブルク宛の手紙」全集二一巻三四九—三五〇頁)。

(3) 大木、ソ連におけるブルジョア法の継受、立教法学、第九号、一九六七年、四一頁以下及び九五頁以下。

- (4) Иоффе, Указ. соч., стр. 90-91.
- (5) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 204.
- (6) Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 1954, S. 80 f.
- (7) Стучка, Курс советского гражданского права, 1927, стр. 10. 大木、前掲、五六頁。

(二) 比較可能性の根拠

ブルジョア法に対してソヴェト法の有する異質性が必ずしも絶対的でないという点に、われわれは比較可能性のもつとも一般的な根拠を求めうるものと思われる。ようやく最近になつてソヴェト法学者もまたこの認識に達した。ジフスによれば、⁽⁸⁾ およそ比較の出発点は或る共通なメルクマールの確認にあり、共通性がなければ対立性も存在しえないのであるから、比較は常に或る類的一致(родовое единство)を必要とする。従つてソヴェト法とブルジョア法の比較に際しても、両者間における同類的(同属的、同型的)カテゴリーを包摂しうるような一般的概念の形成が問題になる。そして更にジフスによれば、マルクス主義法学は、決してかかる一般的概念を否定するものではなく、ただかかる概念をブルジョア法学とは違った仕方を用いる。すなわち、ブルジョア比較法学が極度に一般的なものをとり上げ、比較の客体の本質たる多様性を決定する諸標識から一般的なものを抽象することによつて、その本質における多様性自体や社会的対立性を隠蔽してしまうのに対して、唯物論的分析は、むしろ外面的諸特徴の類似から本質の対立性の露呈に導く。⁽⁹⁾ —と、このように説いて、ジフスは、ソヴェト法とブルジョア法の比較の可能性とその意味を明らかにしたのである。ここではもちろん、ソヴェト比較法学がブルジョア比較法学と根本的に異なる目的を追求していることに特別の顧慮を払うべく要求する立場もあるであろう。しかしわたくしは、ソヴェト比較法学が外面的類似を越えて本質的対立の曝露を目的とするにもせよ、そう

することによつて法の理論と実践のためにいかなる具体的利益を導き出そうとしているのか理解に苦しむ。確かに相違とか独自性の極度の誇張は、思考の素朴な段階でしばみられる。しかし論理学上は、ロータッカーとともに、「比較方法は、それが比較によつてもはや相違を越えて共通点を探求する場合にのみ、そのあらゆる原則的意義をかちとる。その場合にわれわれは、本質についての一般的探求方法を見出すからである。」⁽¹⁰⁾と考えざるをえない。個人的事実の純粹客観的記述というランケの方法は、比較法に対してもその端緒において妥当するが、しかしそれは、歴史学や社会学の一派において完全に妥当しえても、比較法のすべてではありえないのである。そしていずれにもせよ、相違や独自性は、類似や共通性を前提にしてはじめて言えることであるから、質的相違の宣明のみを比較法の目的とする主張は、あまりにも一面的であるし、それどころか、そもそもソヴェト比較法学がいかなる目的で行われようとも、それが本稿の主題たる比較可能性そのものの問題と直接には関係しないということは明らかである。従つて思考に無用な混乱をもちこむことを回避するために、わたくし自身はこれ以上この点には立ち入らないことにする。このようにして、この点は除外しても、ここでもつとも確実に言えることは、ソ連の法学者も、両体系間における比較可能性の基礎として高度の一般的概念の存在を認めているということである。ここにおいてわれわれは、われわれの立場において比較可能性の具体的根拠としてこの一般的概念乃至比較の第三項を追求しなければならないであろう。

(8) Зивс, О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве, Советское государство и право, 1964, No. 3, стр. 31 ~ 32.

(9) Зивс, Там же, стр. 32.

(10) Rothacker, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, 1948, S. 102.

ブルジョア法とソヴェト法の比較可能性の具体的根拠は、ブルジョア法相互間の比較の場合と同様に、比較される諸項の起源の共通性或いはそれら諸項間における構造的乃至機能的類似性について探求され、それぞれについて検討されなければならない。

まず第一に、起源の共通性についていえば、ソヴェト法は既に触れたようにブルジョア法の継受をもつて出発した。少くともそのカテゴリー、概念、技術、法源等々は、ローマ法以来用いられてきたブルジョア法のそれであり、或いはその圧倒的影響を免れていない。ローマ的大陸的法形式が社会主義法律制度にも適合するほど柔軟かつ適応性あるものであつて、法典に含まれる社会主義的一般条項によつて或る程度までは社会主義的に機能させられながら、相当長期にわたつて維持されるかは問題であろう。しかし新しい社会主義的法形式の形成が期待されているにもせよ、現在はまだ継受による同一の法形式が両体系にまたがつて広汎に行われているという事実是否定できないし、この事実が、形式的比較の観点からはもちろんのこと、それに満足しない立場からも、比較可能性の根拠の一つとなつてゐることは認めなければなるまい。⁽¹¹⁾ それにもかかわらず、半世紀にわたるソヴェト法の発展——殊に一九三〇年代以来三〇余年のその発展は、全体として極めて顕著な特殊性を有する社会主義法を建設した。それは確かに評価の問題であるよりもむしろ一つの現実である。^{レアリテ} この現実を前にして、あたかも大陸法とコモン・ローの比較可能性が起源の共通性以外に求められざるをえなかつたと同様に、ブルジョア法とソビエト法の比較可能性を共通起源に求めることは、ほとんど無意味なものとなつた。従つて問題は、機能的類似性とその重点を移し、既に指摘したような両法体系における機能的等価物の存否が問題の前面に現われてきたのである。そしてその存否は、——本稿の冒頭に掲げた主張を敢てくり返すならば——もちろん現実の比較研究の端緒をなすものでありながら、通常はその研究の過程において、或いはその結果として得られざるをえない。⁽¹²⁾ その

意味においても、この問題は、今後将来における現実の比較研究を待つて答えられるべきものであり、部分的には他の機会に論じてもいるので、⁽¹³⁾ここでは詳論を避け、わずかにその方向のみを示すことで満足するしかない。

ところで、ソヴェト法とブルジョア法の間においても、両性の平等とか自然的親子関係に関する法規制やその機能については、何人も容易に等価物の存在を認めうるであろう。⁽¹⁴⁾しかしこの安易な分野でわたくしの主張を裏付けようとするならば、それはあまりにも安易で、問題に対する積極的取り組みを回避することになる。従つてわたくしは、以下においてその裏付けをむしろ所有権や契約の分野で探求する。これらの分野こそ、まさしくソヴェト法独自の精神によつて構成されたものであり、それに含まれる制度において機能的等価物を見出すことは、そもそも困難なのである。それだけに、もしこれらの分野でそれを見出しうれば、それは比較可能性一般に対する有力な根拠となりうると思われるからである。そしてまた、比較法のもつとも困難な分野とされる家族法の分野で敢て比較法の基礎づけを試みたランベールの精神は、引き継がれるべきものと思われるからである。

(11) cf. Gorla, op. cit., p. 936.

(12) この意味において、わたくしはツヴァイゲルトとともに、着想乃至仮説 (hypothèse) と資料蒐集 (documentation) の相互依存性を強調したい。前者は後者に対して必ずしも先行しないのであつて、ウェーバーも、「まったく激しい研究活動を基礎としてのみ、通常は着想が浮ぶ。」(Weber, Wissenschaft als Beruf, in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl., 1951, S. 573f.) と述べている。(Zweigert, Méthodologie du droit comparé, Mélanges Maury, p. 583 et s.).

(13) 以下の叙述については、大木、ソ連におけるブルジョア法の継受、前掲、六四—七九頁も参照されたい。

(14) Zweigert, op. cit., p. 586.

まず所有権についてみよう。およそ所有権のない社会は存在せず、いかなる社会においても、いかなる財物が誰にどのような仕方で帰属させられるべきか、その財物について誰がいかなる所有権を有しえ、誰がそれを有し

えないかという問題は存在する。そしてその反面において所有権者はいかなる権能を有するか、すなわち所有権はいかなる内容を有するかという問題が存在する。結局いかなる社会にも所有権帰属規範(Eigentumszuordnungsnormen)と所有権内容規範(Eigentumsinhaltsnormen)とが存在する。⁽¹⁵⁾ 所有権帰属の問題に関するブルジョア法の原則は、何人たりともすべての物に対して内容的に一元的な所有権を有しようといういわゆる普遍性原則(Universalitätsprinzip)である。⁽¹⁶⁾ しかし「相続禁止物」(res extra patrimonium)とか「商取引禁止物」(res extracommercium)、⁽¹⁷⁾ 或いはフランス民法典第五三七条乃至第五四二条に掲げる公物(domaine public)や私物(domaine privé)は元来この原則に両立しえないし、近時公法上加えられる制限は極めて顕著である。⁽¹⁸⁾ それどころか所有権自体が、或いは賃貸借契約により、小作人や借家人等のほとんど所有権類似の権利やいわゆる商人的所有権(propriété commerciale)によつて侵蝕され、或いは大企業経営に対する労働者の参加等によつて制限されて、ようやく内容的に一元的な所有権を考えることは極めて困難になつてゐるし、或いはまた国有化により株式会社ですら「単に『資本主義の驚嘆すべき制度』であるのみならず、社会主義に至る開かれた門でもある。」⁽¹⁹⁾ (リペール)と評されるほど、所有権の普遍性原則は分裂してしまつた。⁽²⁰⁾ いわゆる所有権の分解(désagrégation du droit de propriété)とか所有の解体(démembrement de la propriété)と称せられる現象がそれである。従つて、もしソヴェト法において所有権を四分し、これを国家の所有権、コルホーズ、その他の協同組合並びにその連合の所有権、社会組織の所有権、及び個人の所有権に区分することを普遍性原則の解消という一般的傾向の表現とみなし、ドゥローブニクも言うように、これをもつて近代の終末を特徴づける「統一的ローマ法的所有権概念の解体」の一現象とみなしうるならば、それぞれが法の世界史的発展の連鎖における重要な一環として相接すると言えるであらう。

次に所有権の内容に関して、ドイツ民法典第九〇三条は、「物の所有権者は、法律又は第三者の権利に反しない限り、任意にこの物を取扱い、かつ、他人のあらゆる干渉を排除することができる。」と定める。この規定における「任意に」(nach Belieben)ということばは、もつとも明瞭に自由主義的所有権の観念を示す。しかし所有権者の絶対権は存在しない。ボン基本法はワイマール憲法に倣つて、「所有権は義務を負う。その行使は、同時に全体の福祉に奉仕しなければならない。」(第一四条第二項)と定めているが、これは自由主義的所有権から必然的に派生すべき修正とみられ、かつ、それは現在、単なる綱領規定ではない。そして既に所有権の分解について挙げた例の外にも、例えば土地所有権に対しては、空間の確保、建築の計画、交通安全、自然や風景の保護等の見地から極めて広汎な制限が加えられていることは言うまでもない。学説もまたかかる一般的動向を把握して、「所有権は、もはや所有権者の権利ではなくして、財貨の所持者の社会的機能である。」⁽²⁰⁾(デュギー)とし、或いは、「所有権は物の人に対する帰属関係であり、人が民族的秩序において適切に行爲するために、また、物が民族的秩序においてその機能を遂行するために、この関係を必要とする。」⁽²⁰⁾(ヴィーアッカー)と説く。これらの見解によれば、要するに所有権者は、所有物を社会全体のために信託されているものと考えられるのである。これに対しソ連民事立法の基礎第一九条及び一九六四年ロシア共和国民法典第九二条は、「所有権者には、法律に定める範囲内において、自己の財物についての占有、使用及び処分⁽²¹⁾の権利を賦与する。」と定め、所有権の絶対性を否定する。ここでは、所有権は、所有者のなしうる行爲(возможное поведение)のみならず、場合によつては、なすべき行爲(должное п.)についても法律が定めた基準を意味する。そのもつとも典型的な場合として、文化財の所有者はそれを適切に管理する法律上の義務を負い、もしこれに違反すればその財産を没収されうるのである(第一四二条)。このことは、個人的所有権に対する社会主義的所有権の優位と相まつて、所有権が全体による全体のた

めの適法な占有であり、個人もまたその財物を全体のために信託されているにすぎないということを明瞭に示している。なお、「法律に定める範囲内において」という限定は、旧法以来まったく所有権絶対の制限の意味でとられてきたのに対し、最近ではそれが本質的にはかかる制限としてではなく、所有権の種類、形態及びその客体に応じて変る所有権の内容自体を規定するものという中立的意味に解せられ⁽²²⁾、しかもその物権としての性格を論ずるとき「絶対的権利」としてこれを特徴づけたりしているのがみられる。⁽²³⁾これらの点をすべて考慮するならば、デューギーやヴィーアッカーらの進歩的学説が把握する現代のブルジョア所有権は、その根本観念において、古いブルジョア所有権から著しく隔たり、むしろソヴェト法のそれと密接な関係にある。従つてまた、それが果すべく期待される機能とソヴェト的所有権のそれとの間にも、或る歩みよりがあることは容易には否定し難いであろう。もちろん歴史家テュヌに倣つて言うならば、革命とは所有権の移転である。⁽²⁴⁾従つて革命後の新しい社会における所有権が新しい意味内容をもちうるし、もたざるをえないものではあるにしても、それがあらゆる比較を排斥するとは到底考えられない。

- (15) Otto-Wilhelm Jakobs, Das Eigentum als Rechtsinstitut im deutschen und sowjetischen Recht, *RabelsZ* 29 (1965) S. 701.
- (16) Otto-Wilhelm Jakobs, a.a.O., 702 ff.
- (17) Ripert, Les aspects du capitalisme moderne, p. 106, cité par Morin, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété; Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, *Études offertes à Georges Ripert*, t. 2, 1950, p. 12.
- (18) Morin, op. cit., pp. 6~12.
- (19) Drobniç, Eigentum und Vertrag im sozialistischen Recht, *Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 1951~II, S. 160 ff. (163~165), zitiert nach Jakobs, a.a.O., S. 711.
- (20) Duguit, Transformations générales du droit privé depuis le code de Napoléon (Paris, 1912), p. 152.

(20) Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935, S. 24 f.; Jakobs, a.a.O., S. 717.

(21) Научно-практический комментарий к ГК РСФСР, под редакцией проф. Е.А. Фрейшпиц, 1966:——以下に略すは「Комментарий」と略す——, стр. 99.

(22) Комментарий, стр. 100.

(23) Комментарий, стр. 99.

(24) テュヌは言う。「八九年の革命は、その本質において、所有権の移転である。まさしくここに、革命の内部支柱、その永続的形態、その原動力及びその歴史的意義がある。」(Taine, Origines de la France contemporaine, L'ancien régime, I, p. 386.——cité par Morin, op. cit., p. 5.).

次に契約法の分野を検討しよう。ここでも両体系は、原理的に顕著な相違を示しながらも、多くの例外や修正によつて現実の機能面における接近を否定しえない。タンクとともに、まずブルジョア法における契約自由の原則に対する制限的傾向を概観し、次いで両体系の接近の事例を具体的制度に求めることにする。

契約自由の原則に関して、今や、まず第一に、ブルジョア契約法においても、契約の全内容を決定する完全な自由はない。各種の補充規定、強行規定、公序の要請、価格の公定、特許企業、労働協約、符合契約、職業組合の定める規約や契約定型、運送や動産売買に関する国際条約等によつて、契約内容の全部又は一部は、当事者の意思にかわりなく定められてしまう。⁽²⁵⁾ 第二に、若干の場合には契約を締結しない自由はない。自動車の運転、狩

猟について保険契約の締結は強制的であり、また労働組合員であるという理由で労働契約の締結を拒むことは違法とされる。更に特定人に対する先買権の付与や借家人保護のための賃貸借契約更新の制度等も締結強制の現われである。⁽²⁶⁾ そして第三に、これら二つの場合、すなわち契約内容の法定及び締結強制の場合に、締結される契約

は、創設的意味を失い、むしろ既存義務の確認という意味をもつものとみられうる。⁽²⁷⁾ 要するに、現代資本主義国

家において、契約自由の原則は、大はばな制限に服している。そして学説も、例えばヴィーアッカーによれば、「契約の締結は、もはや個人的及び自発的な自由活動 (Freiheitsbetätigung) としてではなくして、或る社会機能 (Sozialfunktion) の実現として把握される。債権関係は、『有機体』 (Organismus) として、すなわち合意された給付義務を遙かに越える両契約当事者の義務の秩序として解釈され、その秩序においては、債務者には主たる給付を (適時に) 提供する義務を越える一般的保護義務が、債権者には独自のそれが課せられている。」⁽²⁸⁾ そしてグノーによれば、契約の自由は元来法律の枠内で認められる自由であり、「契約に関しては、ただ一つの絶対的原則すなわち正義だけが存在する。自由は、正義のための手段であるにすぎない。」⁽²⁹⁾ 従つて今や、契約における自由の要素は、社会的義務との均衡を保持しなければならないのであり、強調されるべきことは、契約の論理ではなくして契約の倫理 (Vertragsethik) であるとされているのである。

これに対してソヴェト法における計画契約は、厳格に計画の規制に服するが、そこに個別的、意思的要素が存在しないわけではない。契約の締結に際してそれが作用しうることはもちろんのこととして、契約は、計画を具体化し、補充し、或いは新たな計画を準備するという意味においては創設的なものであり、⁽³⁰⁾ これに対して計画は、個人的独創を圧殺するどころかむしろこれを促進し、これと調和すべきものとされている。⁽³¹⁾ ここで附け加えておきたいことは、わたくしも「唯物論的」自由の特殊性を無視しているわけではないということである。ただ、ブルジョア社会における自由も、もはやエンゲルスが目撃し、かつ、批判した一九世紀的幻想的自由とは著しく異なつたものとなり、しかも両者は、決して反対の方向をたどっているのではなくて、同様の方向で発展しているのではないかということなのである。同様のことは債権関係の見方についても当てはまる。一九二二年のロシア共和国民法典がいわゆる搾取的法律行為を禁止し (第三三条)、債務不履行の場合に債務者の財産状態に応じて

損害賠償を支払いうるとし（第一二三条）、或いは期間満了前に弁済を求める債権者の権利を廃止したとき、それは伝統的・ローマ法的な債権者優位の立場から債務者保護の立場への転換であつた。⁽³²⁾しかし一九六四年の新民法典においては、債務の履行に関して、「各当事者は、自己の義務を社会主義的国民経済にとつてもつとも経済的な仕方で行し、かつ、他方の当事者に対して、その義務の履行につきあらゆる可能な援助を与えなければならぬ。」（第一六八条第二項）と規定されて、ここに社会主義的民事取引における債権者と債務者の同権的連帯の原理が宣言された。⁽³⁴⁾それは、ブルジョア社会において進歩的「学説」の地位に止まる思想を、ソヴェト社会においては「立法」的に聖別したという意味において高い評価を受けるであろう。と同時に、両者は少くとも同様の発展方向をたどっているということも認めざるをえないのではなからうか。

このように両体系における契約の原理をその動態において観察するならば、少くとも自由主義法の社会化の傾向は顕著であり、また最近になつて指摘されてきた社会主義法の自由化の動きも看取されないではない。⁽³⁵⁾いずれにもせよ両体系における契約の原理に関しては、その機能的接近の事実を否定しえない。とするならば、原理について言えることは、具体的制度にも表出されていなければならぬ。従つてこの接近の事実は、更に契約法の具体的制度によつて裏付けられなければならない。

既にわたくしは、大陸法とコモン・ロー間における機能的等価物の存在を、契約不履行に基づく損害賠償責任発生の要件としての「過失」と履行遅滞に基づく損害賠償請求の要件としての「付遅滞」の制度に関して証明した。まづたくそれだけの理由で、ここでもソヴェト法とブルジョア法間における機能的等価物の存在をそれらによつて例証することが適當である。

民事責任の基礎としての故意過失に関するドイツ民法典第二七六条の規定は、一九二二年ロシア共和国民法

典では明白には継受されず、それは、「法律又は契約に別段の定めがない限り、債務者は、履行不能がその避けえない事情に基づくか又は債権者の故意過失によつて生じたことを証明する場合に、不履行に対する責任を免れる。」(第一一八条)と規定した。しかし新民法典は、「債務を履行しなかつたか又はそれを不適當な仕方で行した者は、法律又は契約に別段の定めがなければ、責任(故意又は過失)のある場合にのみ財産的責任を負う。責任の不存在は、債務に違反した者が証明する。」(第三二三条)として、大陸法に通例の規定の形式をとつた。しかしそれは必ずしもブルジョア法への「復帰」ではなくして、はじめから旧民法典の消極的な規定と新民法典における積極的な規定との間に本質的な相違はなかつたのである。⁽³⁷⁾ すなわちソヴェト法は、大陸法と同様に過失責任の原則を掲げている。⁽³⁸⁾ しかもその原則は、決して絶対的なものでなく、売主の瑕疵担保責任に関する民法典第二四八条をはじめとして、生産物納入規則第五九条第七項や商品納入規則第五七条第一項のような一連の規定は、例外的に無過失責任を規定しているのである。⁽³⁹⁾ こうしてその全体において、そこには或る程度までブルジョア法との機能的等価關係が予想されるのではないかと思われる。同様のことは、履行遅滞に基づく損害賠償請求の要件としての付遅滞の制度についても言える。ソヴェト法における契約履行の期間は、その契約にとつて極めて重要な意味をもつ。殊に計画を実現するために社会主義諸組織間で債務が履行される場合に、そのための期間の厳守は、国家に対する義務であるとする考えられている。⁽⁴⁰⁾ 従つて通例としてその期間は、法律又は契約において定められる。しかしその定めがない場合には、ここでも催告(восребование)による付遅滞が意味をもつに至るのであつて、その時はじめて債権者は訴求しうるのである(第一七二条)。こうして期間の遵守に含まれる意味の相違を留保しても、またそれ故にそれは法律又は契約において定められるのが一般であるにしても、付遅滞の制度は現に存在し機能しているのであつて、その機能がブルジョア法におけるそれと或る程度までは等価的であ

をいふことは出来ない。

- (25) Tunc, La possibilité de comparer le contrat dans des systèmes juridiques à structures économiques différentes, *RabelsZ* 27 (1962) 484 ff.
- (26) Tunc, op. cit., p. 487 et s.
- (27) Tunc, op. cit., p. 488 et s.
- (28) Wieacker, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, 1860~1960*, Bd. 1, 1960, S. 11 f.
- (29) Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (Thèse, Paris 1912) 387, cité par Tunc, op. cit., p. 491.
- (30) Tunc, op. cit., p. 488.
- (31) Tunc, op. cit., p. 493.
- (32) Vgl. Boehmer, a. a. O., S. 30.
- (33) 大木、前掲、七一頁。この債務者優位主義を批判して、サフズキーは言う。「何故この優遇は、遲滞している債権者にも与えられないのか。思うに、債権者は、『ロシア共和国』民法典の観点からも、必ずしも『ブルジョア』ではないし、また債務者は、無条件にプロレタリアといふわけでもないのだ。」(Sawadsky, *Das Recht Sowjetrußlands*, Tübingen, 1925, V. Bürgerliches Recht, S. 288.)
- (34) Комментарий, стр. 194.
- (35) タンクは言う。「自由主義法は社会化されており、社会主義法は自由化されている。すなわち、前者は、全体のために個々人の活動のよりよい調和を探求しており、後者は、全体の枠内で多くの独創を人間に認めることによつて、人間の欲望に応じようと努力している。」(Tunc, op. cit., p. 493).
- (36) Sawadsky, a. a. O., S. 287.
- (37) Комментарий, стр. 250.
- (38) Советское гражданское право, т.1, 1959, стр. 443.
- (39) Комментарий, стр. 262.

以上において、われわれは、ソヴェト法とブルジョア法の両者にまたがる一般的概念の存在を承認するジフスの見解を前にして、より具体的にその比較可能性の根拠を求めた。すなわちソヴェト法はブルジョア法の胎内から生れ、その法形式をほとんど全面的に用いていること、またソヴェト法が社会主義法としての独自性を主張しうるまでに発展し、従つて起源的共通性があまり重要な意味をもちえなくなつた現在においても、所有権や契約について例示的に概観したように、ブルジョア法との間に機能的接近の傾向があり、機能的等価物がありうべきこと、そしてそれが今後行われるべき各種の分野における現実の比較研究によつて更に発見され、かつ、倍加されるべきこと等がそれである。いずれにせよ、これらの点並びにこれまで述べたことの全体から、ソヴェト法とブルジョア法の比較は可能であると言わざるをえないように思われる。ここにおいてわれわれは、最後に、いかなる目的の下に、いかにしてその比較が実施されるべきかという問題の考察を附け加えておかなければならぬ。

(三) 比較の目的及びその対象の選択

ソヴェト法とブルジョア法が比較される場合、従来比較法が追求した諸目的間に、或る程度の強調の転換がもたらされている。ここでは、法の統一とか外国法の立法的摂取というような「行動の目的」は主たる地位を占めない。むしろ、外国法の認識、国際的相互理解、或いは法哲学、法史学、実定法の理論構成の補助等の「認識の目的」が強調される。かかる強調の転換は、かつて英米法が大陸法との比較の対象となつた当時既に現われていたものであるが、ソヴェト法が比較法の対象に加えられたとき、重点は、大いにこの「認識の目的」に傾いたのである。ともあれ、比較可能性それ自体の問題が既に解決したと言えるならば、更にここで伝統的比較法の追求

する諸目的に照して、ソヴェト法とブルジョア法の比較の目的や対象を考察することは意味がある。

まず法統一に関し、われわれはほとんど多くを期待しえない。法の統一は妥協である。従つてイデオロギー的対立の激しい現状において、また、ソヴェト比較法理論が法統一を国家主権及び国家的立法の独立性に反するものとして極端に拒否的態度をとつて⁽⁴¹⁾いる現状においては、妥協の余地に乏しく、法統一は現実性がない。殊に体系関係的（systembezogen）な実体法の諸部門における統一法は、著しく相違するそれぞれの国内法の構造連関を破壊する惧れが多大である。それにもかかわらず、国際的な郵便、鉄道、航空、航海等の諸法、手形小切手法、無体財産権法、労働保護法等のいわゆる体系中立的（systemneutral）な分野では、統一が望ましくもあり、可能でもあり、必要でもあり、またそのかなりの部分は実現してもいるのである。⁽⁴²⁾このことは、一個の法がブルジョア諸国とソ連にまたがつて行われているということであり、比較が可能か否かという論議をするまでもなく、比較が統一の前提として事実上行われていることを意味しているのである。なお比較法における行動の目的の第二は、外国法の立法的摂取の目的であるが、ソ連において現実にブルジョア社会の法制度を継受した場合でも、ソヴェト法学者は通常その起源を明示せず継受とは称していない。⁽⁴³⁾この点では資本主義諸国においても同様であり、通常はソヴェト法を公然と継受してはいないようである。いずれにしても、ソヴェト法とブルジョア法の比較は、イデオロギー的な理由に基づいて、或る極めて限られた限度においてしか「行動の目的」を追求しえないであらう。

次に、「認識の目的」を追求する比較法は、記述的比較法（deskriptive Rechtsvergleichung）、対照的比較法（kontrastierende Rechtsvergleichung）及び学理的比較法（dogmatische Rechtsvergleichung）とに分けて考えられる。その第一の比較法すなわち記述的比較法は、必ずしも比較の要素を含まない諸外国法の単独又は並列的な客

観的記述であり、外国法の研究に相接する。これは、恐らくわが国のソヴェト法研究においてもつとも一般的な方法である。その第二の比較法、すなわち対照的比較法は、二又は数個の外国法の比較対照であり、これを通じて自国法及び外国法の認識は深化されうる。これは、認識とは比較であるという意味において、比較法の最初にして最後の方法である。しかもそれは、差当つてソヴェト比較法理論によつて承認されている唯一の方法である。⁽⁴⁴⁾しかしその結果として、社会主義法の優秀性を確認し、ブルジョア法の搾取者の性格を露呈せしめるという極めて特殊な目的を追求するいわゆるイデオロギー的比較に陥いる惧れがあることに注意しなければならない。もしわれわれが土台と上部構造の理論に対してもつとも忠実であろうとするならば、法の優秀性はその行われる社会と切り離して抽象的、一義的にはきめられないとするコオシヤカーの説も正しいことにならざるをえないはずなのである。従つてわれわれにとつてもつとも確実に言えることは、ブルジョア法体系において妥当することがソヴェト法体系においては必ずしも妥当せず、ソヴェト法学者には正しいことがブルジョア法学者には必ずしも正しくないということである。そしてまた、リペールがいみじくも言つたように、イデオロギーは、しばしば有益な改革をすら阻害する⁽⁴⁶⁾ということなのである。最後に第三の比較法、すなわち学理的比較法は、法哲学、法史学、法の一般理論等の基礎法学の諸分野及び個々の法部門における実定法制度の理論構成に奉仕するものである。これこそ比較法全体の主要部分をなすものであり、殊に実定法制度の理論構成に対する補助としての比較法は、今後もつとも発展させられるべきものであるとわたくしは考える。それは、極めて多くの分野の法制度を比較の項として選ぶ。殊に債権法や取引法一般のような比較的に体系中立的な諸制度についてはもちろんのこと、憲法をはじめ所有権法、家族法、相続法等多かれ少かれ体系関係的な諸制度をも対象として実り多い結果をもたらさうであろう。この種の比較によつて、はじめて、われわれはまた「認識」から「行動」への架橋を試

みうると思われる。すなわち、比較法は単なる知的遊戯ではないのであるから、われわれはそこから行動のための何か或る動力を得なければならない。その際にわれわれの比較法は、あくまで自国法から出発することが望ましくもあり必要でもあるので、自国法の改善は、われわれの比較法にとつてもつとも重要な目的となる。しかも資本主義法の社会化が否み難い現実である以上は、われわれには——立法者であれ裁判官であれ、また学者であると実務家であるとを問わず——ソヴェト法からも五〇年にわたるその社会主義的経験を学ぶ権利がある。その場合に、既に杉山教授によつて指摘された比較法の優秀法指示機能と警戒機能⁽⁴⁷⁾とはともに発揮させられるべきであり、国内法の一般的な構造連関を爆砕するような無批判かつ教条主義的な仕方でこれを借用しようとすることは有害無益である。ソヴェト法学界においてすら、スターリン個人崇拜の排撃以来、マルクス・レーニン主義の枠内においてではあれ、ようやく批判的研究の可能性は原則的に承認されようとしている⁽⁴⁸⁾。しかもまた現実に存在する社会主義法は、社会主義諸国家における「多様な」社会主義法なのであつて、ソヴェト法の複写としての「一個の」社会主義法がいたるところに存在しているわけではないのであるから、そこには、自ら批判もあれば自己批判もあるはずである。ましてわれわれの体制においてソヴェト法の経験を学ぶ場合にも、これを批判的に研究し、参考とし、或いは摂取するということは、われわれにとつてまったく当然の義務なのである。タンクも言うように、ソヴェト法制度との比較研究は、その直接的導入は不可能であるとしても、われわれ自身の法制度の欠陥を反省させ、われわれ自身の法生活の改善に寄与しうるのである⁽⁴⁹⁾。こうして、もしわれわれの体制において寛容の原則が支配していると言うならば、ソヴェト法の経験をも批判的に摂取する自由はあると言わなければならない。ただそこにある限界は、くり返して言うが、あらかじめ自国法の優秀性を信じ、これを宣伝し、或いはこれを他に課する態度——すなわちラートブルフのいうような、不寛容な態度に対してまで寛容でありえない

ということである。⁽⁵⁰⁾ この一般的な限界の範囲内では、ソヴェト法が比較法の対象として研究される場合に、最大限に寛容の原則は保持されるべきであり、従つてこの場合にもつとも有害なのは、その経験に対して最初から眼を鎖して顧みない態度なのである。

(41) チヒクヴァジュとジフスは言う。「法体系の超国家的又は普遍的統一という計画の幻想性は、何よりもまず、諸法体系の社会的経済的本質に基礎をおく極めて多数の諸要因によつて明らかにされる。」また曰く、「普遍的統一についての主張そのものは、常に国家主権及び国家的立法の独立性という理念の過小評価又はその蔑視にすら結びつけられている。」(Чикивадзе и Зивс, Сравнительное правождение в практике международного научного сотрудничества, Советское государство и право, 1966, No. 2, стр. 13.)

(42) Loebel, a. a. O., S. 213 f., S. 226. ソ連が加入している統一法条約としては、例えば、一九三〇年の為替手形、約束手形統一法条約、一九五四年の民事訴訟手続に関する条約、一九五八年の外国仲裁判断の承認と執行に関する条約、工業所有権保護同盟条約、ILO条約第一〇、一五、一六、二九、四五、五八の各号が挙げられる。

(43) Loebel, a. a. O., S. 212 f.

(44) ジフスは言う。「ブルジョアの比較理論によれば、比較法の基本的目的は、常に一般的なものの解明ということであるが、その考え方は、絶対に許容できない。——方法論的及び政策的に誤っている。……同時代の異類型の諸法体系の対比に際して、基本的な、そして科学的に正当な目的は、相異なるものの対置であり、その解明(「対照的」比較 ≪ контрастирующее ≫ сравнение)である。」(Зивс, Там же, стр. 28.)

(45) コオシャカーは言う。「原則として、或る法体系が良いか悪いかという問題は、一般的には提出されない。と言うのは、それに答えるための確乎たる基準は存在しないからであり、また、その問題は、とりわけその法体系がその奉仕すべき諸関係や人々にとつて適切であるかどうかというその後の問から切り離しえないからである。或る特定の時期については、或の機械、或る飛行機、或る写真機が、世界で最良であると主張することはできる。或る法体系については、この種の吹聴はしない方がまじであらう。」(Koschaker, Europa und das römische Recht, 3. Aufl., 1958, S. 81.)

(46) リペールは言う。「政治作用は、新たな、純粹に人為的な要素たる或るイデオロギーを闘争の中にもちこむ点において法の創造をかき

乱す。そしてこのイデオロギーは、しばしば有益な改革を妨げ、或いは忌むしい規範「の定立」をそそのかしている。」(Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 127.) 更に続けて言う。「イデオロギーは、和解を困難にし、或いは不可能にする激情的雰囲気を生み出すものであり、ガブリエル・マルセル氏も言うように、『意識は、狂信化される。』ものである。イデオロギーは、現実よりも公式を重視する。それは、有益な諸改革を達成させもするが妨げもする。と言うのは、それらの改革は、或る特定の理想によつて決定された人間関係に関する考え方に適合もすれば相反しもあるからである。それは、調整や妥協を可能にするような柔軟性を有しない。それ故にそれは、実定法の平和的形成には恐ろしいものである。」(Ripert, *op. cit.*, p. 127 et s.).

(47) 杉山、比較法の総合的体系、「法源と解釈」所収、一九五七年、四〇四頁。なお杉山教授の深い思索と洞察は、三〇年後の今日にもほとんどまったく妥当するものであり、それはくり返して追思考されるべきものであることをここで付言しておかなければならない。

(48) この批判的研究の可能性とは、その完全な自由を意味せず、あたかもカノン法学者には聖書の枠があるように、ソヴェト法学者にはマルクス・レーニン主義の枠があり、これを逸脱すれば異端である。(David (et Hazard), *Le droit soviétique*, t. 1, 1954, p. 84 et s.).

(49) タンクは言う。「それら「マルクス主義法やアフリカの慣習法」が与える解決の大部分は、それ自体はフランス法に移しかえ、導入されない。しかしそれらは、われわれに對し、われわれの固有の制度や固有の解決の広汎な再検討を義務づける。それらがわれわれに課する努力は、特に有益である。この努力は、確かに必ずしもわれわれの考え方を放棄するには導かない。しかし少くともわれわれがその欠陥、不都合な点を測定し、いかなる意味において、われわれの法生活が改善されうるかを明らかにせざるであらう。」(Tunc, *Cours de grands systèmes de droit contemporain* (Les cours de droit), 1964~1965, p. 20.).

(50) ラートブルフ・尾高訳、法哲学における相対主義(ラートブルフ・田中訳、法哲学、昭和三二年所収三一五頁。同じくラートブルフ著作集4、「実定法と自然法」所収、一九二〇頁。)

第四章 異経済秩序間法比較の困難性——結びに代えて——

本稿における直接の課題は、ブルジョア法とソヴェト法の比較可能性という問題であつた。従つて問題の焦点

は比較可能性の根拠にあり、その根拠は、比較があらゆる認識の基礎である限り、その認識を支えるもの、すなわち比較される諸項間における何か共通なものの存在に求められなければならない。この何か共通なものは、「多様性における統一性」であり「構造的に乖離する諸形式の機能的等価性」として具体化される。この等価性は、ローマ・ゲルマン法系に属する諸国法間においてはもちろんのこと、それとコモン・ローとの間にも存在した。と同様にそれらいわゆるブルジョア法とソヴェト法との間にも、この等価性は見出されうるのではない。——この問題に直面して、ソヴェト法のいわゆる異質性は、問題の前面に現われた。しかしブルジョア法学とソヴェト法学のそれぞれにおける法の本質への接近方法は、前者が法形式の普遍性から出発し、後者が法内容の社会的経済的規定性を起点とすることはあつても、その方法論的問題の焦点が互に対向的に接近し、相違はむしろ強調の転換に還元しうるように思われる。しかもソヴェト法におけるブルジョア的法形式の広汎な残存とか所有権や契約の分野でさえ両体系の法原理や具体的法制度にみられる或る接近の傾向等を前にして、両者間には、起源的共通性のみならず或る程度まで機能的等価関係が存在し、そのいわゆる異質性は、未だ必ずしも絶対的でなく、あらゆる比較可能性を排除するまでには達していないように思われる。こうして、もしわれわれがとりわけこの機能に注目し、普遍妥当な仕方で問題を提起するならば、そこに機能的比較の可能性は確かに認められること等を明らかにした。もつともその比較は、法の統一というような「行動の目的」よりも、むしろ比較される諸国法それ自体の認識とか法の諸部門における理論的研究の補助という「認識の目的」に奉仕すべく、その重点を移している。しかしその認識により、その認識をこえて、ソヴェト法との比較が、われわれ自身の法の改善にも寄与しうべきことは明らかである。これらの理由及びその背後にある本稿の全体によつて、われわれは、ブルジョア法とソヴェト法の比較の可能性とその意味を明らかにしえたと思われる。

これまでの叙述において未だ言い残したことは、わたくしが前章の末尾において、ソヴェト法の経験を無視して顧みない態度こそもつとも有害であると述べたことに関連する。もちろんわたくしは、あらかじめかかる偏狭な態度を有する者が比較的少数であることを期待している。そしてむしろわが国の現実においては、ソヴェト法それ自体の研究並びにそれとの比較研究に伴なう各種の障害がその無視という結果に導いていると思われるので、最後にその比較に伴なう特殊な困難性を若干例示的に列举し、これによつて本稿の結びに代える。これを附加する理由は、両体系の比較が可能であると証明しても、その背後には——本稿の初めにも述べたように——、どの程度までその比較は可能かという問題が常に隠されており、もしその比較が克服し難いほど著しく困難であるならば、實際上その比較可能性もほとんど無に帰着しうるからである。次にわたくしは、この点を便宜的に、

(一)「生きた法」の確認における困難と、(二)比較の手續における困難とに大別して概観したいと思う。

(一)「生きた法」の確認における困難

(1) 報知の困難　わが国におけるソヴェト法研究の歴史は極めて浅く、若干の先駆的研究活動を除けば、その本格的な研究は、第二次大戦後の約二〇年の歴史しか有しない。それ以前には研究の自由は存在せず、そしてその後においても言語的障害や研究設備の不備もあつて、久しく少数の研究者による研究が続けられていたにすぎない。言うまでもなく、わが国における語学教育自体は不徹底であるのみならず、その中でロシア語教育の占める比重は極めて軽く、従つてその普及度も依然として極めて低い。そのような状態にあるわれわれに提出された研究の資料は、ソ連の学者による教科書や概説書を中心とする単行の研究書や雑誌論文等であり、それ以外ではアメリカ、ドイツ、フランス等の比較法学者の概説書類であつた。従つてわが国では、外国法研究に不可欠の立法準備記録、註釈書、施行細則、判例集等はほとんど入手しえず、ソ連における法的経験を直接その一次的資料

によつて研究することは、ほとんど不可能であつた。⁽¹⁾ そのような資料の入手難は、実はソ連国内ですら嘆かれていたほどであり、ソヴェト法自体の発展もそれによつて著しく阻害されていたのである。⁽²⁾ この事態は、スターリン批判以後におけるソヴェト法再編の要請に伴つて次第に改善されてきているし、出版活動も活潑化している。⁽³⁾ しかし現在もなお、歴史的研究の資料をはじめとして、立法準備記録や完備した判例集のような資料の蒐集は依然として困難であり、その意味において、ソヴェト法の研究が数十年にわたる研究と資料の蓄積ある英米法、ドイツ法、フランス法等の研究に比して不利であり、かつ、相対的に立ち遅れていることは否み難いように思われる。

(2) 法源の価値の混乱 共産主義理論によれば、法は内在的な独立の価値を有せず、正義の実現という目的を有するものではない。⁽⁴⁾ それは、上部構造の一部であり、共産主義建設のための斗争の手段であるにすぎない。従つてまたそれは政策に従属するものであり、ヴィシンスキーもかつて述べたように、ソヴェト裁判官の任務は、法律的論理に従つてこれを適用するのではなくして、共産党とソヴェト政府の政策を適用することである。⁽⁵⁾ しかもそこには権力分立の原則はなく、法律は一般に公法的、行政法的性格を有している。⁽⁶⁾ このように法が共産主義建設の目的のための手段であり、その目的が達成されればその手段もまた無用のものとして枯死すべきものである以上、法の適用の根底をなす社会主義的適法性の原理も、元来は超実定法規範として実定法を廃棄する役割を果たしたのである。⁽⁷⁾ しかし社会主義的法体制の整備とともに、それは、かかる法の嚴格適正な遵守を確保すべき原理と化した。⁽⁸⁾ にもかかわらず、そこにおいても法を革命の目的に整序するという本質において変りはなかつたのである。⁽⁸⁾ こうして法が政策に従属し、法が行政法的性格を有するものとするれば、自ら西欧的な法源の価値のヒエラルヒーはそこに妥当しえず、何が法であるかを確認することは、極めて困難なことになる。もちろんソヴェト法にも法源間に段階はある。しかしわれわれの体系におけると同様な仕方でその比重を測定することは困難で

もあり誤りでもあるのである。

なお具体例によつてこれを検討しよう。憲法改正はソ連最高会議における三分の二以上の多数決により、通常
 の法律改正は単純多数決による。しかしソ連の憲法的現実には、この区別を無意味ならしめている。すなわち、一
 方においては、憲法を改正する法律も通常法律も一般に全員一致で採択されており、他方においては、憲法の実
 質的内容が法律によらず最高会議幹部会令、ソ連閣僚会議とソ連共産党中央執行委員会の共同決定、ソ連閣僚会
 議単独の決定等によつて廃止されることもしばしば生じている。⁽⁹⁾ 同様にまた、法律とそれ以下の立法との間にも
 明確な優劣関係は存在しない。すなわち、憲法第三二条は、ソ連最高会議を唯一の立法機関とする。しかしその
 意味は、最高会議が制定した法規範のみが法律（zakon）⁽¹⁰⁾ だというだけであつて、他の主権的行為によつてこれを
 廃止しえないわけではない。例えば、ソ連最高会議幹部会令は、法律の内容のみならずその文書をも廃止しうる
 のである。⁽¹⁰⁾ かかる立法活動の機構的不備は、実はスターリン憲法制定の当時既にスターリン自身によつて指摘さ
 れていた。すなわち、かれは、「いずれか一つの機関ではなく、いくつかの機関が立法権をもつているという状
 態をこの際だんぜんやめなければならぬ。こういう状態は、法律の安定性という原則に反する。」⁽¹¹⁾ と述べた。
 立法活動の機構的不備は、こうして、かつて実際に存在した。しかもその不備は、既に述べたように、その後ス
 ターリン憲法の下においてもまったく除去されたわけではないのである。

かかる立法活動の機構的不備にもまして、その技術的欠陥は一層顕著である。最近まで効力をもち続けていた
 ネット初期の諸法典は、ネット廃止の当時から死法化を開始していた。⁽¹²⁾ そしてスホドゥレフによれば、一九二三年
 から一九四〇年に至る諸立法の約四〇パーセントは、一九五七年の当時まったく死法となつていた。⁽¹³⁾ しかもそれ
 に関してストロゴヴィッチとともに言うならば、形式的に条文が廃止された場合もあれば、形式的には廃止され

ることなく、事実上その意味を失った場合もあり、従つて現行法制度の中には、重大な矛盾と混乱と重複があり、現実の解釈適用を不可能ならしめる状態さえ惹起していた。⁽¹⁴⁾新法が制定される場合にも、旧法の廃止又は修正がなされなかったり、その廃止又は修正の範囲が明示されなかったり、或いは規範的法令の修正が規範的でない法令にまで及ぶという状態が瀕発した。⁽¹⁵⁾

以上に述べた諸事情は、ソ連における生きた法の確認を困難ならしめている。なおこの点に関して付言するならば、ソヴェト法半世紀の歴史は、極めて急激な発展の歴史であり、その間には試行錯誤の反覆もあり、それは現在もなお発展の途上にあるということである。このことは明らかに比較を困難にするものであり、ゴルラも言うように、「あたかも固体の結晶や形態（大陸法とコモン・ロー）を液体のそれと比較するようなものである」⁽¹⁶⁾。従つてその比較が現行法の記述的比較に終始することは不適當であり、それを動態的に観察する歴史家的研究態度が特に要求されざるをえないであろう。

(1) この点は諸外国においても多かれ少かれ同様である。(Vgl. Loeber, a. a. O., S. 221; Gorla, op. cit., p. 936.) しかし、アメリカには、ハザードらの研究からみて、大量の文献が蒐集されていると推察されるし、ドイツでもその研究は積極的に継続され、例えば“*Zeitschrift für Ostrecht*”に結実している。そこには学問の自由という伝統があつた。しかしわが国では、思想統制の下に、研究機関は組織的な文献整備の努力すら怠つた。ここには、鎖国主義の伝統が学問上も生きていた。

(2) ソ連共産党第二〇回大会を契機にして、ソヴェト法学の従来の立遅れは、厳しく反省されるに至つた。その立遅れは、「文書、統計資料、或る種の規範的法令を手にしたリ、国家機関の实践活动に参加することが許されなかつたことや、また立法の混乱、その立ちおくれなどがその原因とされなければならぬ。しかし主たる責任は、科学者自身と専門的な法学研究施設……にある。……科学アカデミー法研究所と全同盟法学研究所は、……国家と法的一般理論に関する大きな著作も準備しなかつたし、それは具体的な法学部門別の労作も余りにも僅かしか出版しなかつた。」（「ソ同盟共産党第20回大会とソヴェト法学の課題」、ヘソヴェト国家と法誌、一九五六年、第二号巻頭論文）

九大ソヴェト法研究会、ソヴェト法研究、第一巻第二号、二一三頁。

- (3) スターリン批判の後一九五六年から一九六〇年までの間に出版された法律関係の文献は、約四〇〇冊に及んでいる。
- (4) Loeber, a. a. O., S. 217.
- (5) Вышинский, Lehrbuch des Strafprozeßrechts (russisch), 1936, S. 531, zitiert nach Timascheff, Das Wesen des Sowjetrechts, Schweizerische Juristenzeitung, 52 (1956) 189.
- (6) David, Systèmes, No. 157; Loeber, a. a. O., S. 220.
- (7) Westen, Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Ansichten Joseph Stalins, 1959, S. 105 f.
- (8) Westen, a. a. O., S. 106; Строрович, Социалистическая законность в советском обществе, Академия наук СССР, Вопросы советского государства и права, 1917~1957, 1957, стр. 275.
- (9) Meder, Die Hierarchie der Rechtsquellen in der Sowjetunion, Osteuropa-Recht 2 (1956) S. 167 f.
- (10) Meder, a. a. O., S. 169.
- (11) ソ同臨科学アカデミー法研究所・藤田訳、国家と法の理論(下巻)、昭和二九年、二五八頁から再引用。
- (12) 大木、前掲、九五頁以下。
- (13) Суходер, Систематизация законодательства СССР и союзных республик — дело государственного значения, Советское государство и право, 1957, No. 9, стр. 4.
- (14) Строрович, Там же, стр. 295; 40 лет советского права, 1957, стр. 50.
- (15) Строрович, Там же.
- (16) Gorla, op. cit., p. 937.

(二) 比較の手續における困難

(1) イデオロギー的敵対感情　生きたソヴェト法が確認されてはじめて比較が行われうるが、その際に公正な比較を阻害するものは、比較者自身におけるイデオロギー的⁽¹⁷⁾政治的敵対感情である。かかる感情は、実は比較

の前段階すなわち生きた法の確認の段階で既に作用しているのであつて、カーも「歴史記述におけるソヴェト学派と反ソヴェト学派のもつとも極端な産物を幾つか通読すれば、純粹事実の歴史という十九世紀の幻想の安息所が時に恋しくなるのも驚くには当らない。」⁽¹⁸⁾と述べているほどである。しかも欧米における初期のソヴェト法研究に散見されるように、革命政府によつて財産を没収され、追放され、或いは自ら国外に逃れたロシヤの法学者によつて行われた研究のなかにはしばしば公正な判断を欠くものもあつたことは、⁽¹⁹⁾まつたく理解しえないことではない。他方においては、革命とその後における窮迫に際して、外国からは食糧ではなくしてむしろ砲火によつて見舞われたソ連国民がブルジョア国家に対して不信と憎悪の念を抱き、⁽²⁰⁾国民的に団結して内外の敵に当り、こうして社会主義の勝利と社会主義法の優越性を讃えるに至つたことも当然であつた。殊に外国干涉戦争に際して、わが国は、あたかも米騒動の最中にもかかわらず、列国に卒先して連合軍総兵力の十倍に及ぶ大軍をシベリヤに派遣したという不幸な事実を顧みるとき、現在われわれの至上の課題となつている平和共存の深い意味は十分に考慮することが必要であり、従つてそのための手段である両体系間の比較法には、いわれない敵対感情は無縁のものでなければなるまい。

(2) いわゆるブルジョア法と社会主義法の意味 従来ブルジョア法一般と社会主義法一般との比較の試みは、主としてソ連においてなされ、そこでは、ほとんどすべての概説書や研究論文にブルジョア法に対する比較乃至概略の言及がなされてきた。これに対して資本主義諸国では、かかる一般的な比較乃至言及はほとんどなく、むしろ散発的に自国法とソヴェト法の個別的比較が行われてきている。この傾向は更に促進されるであろうし、わたくし自身は、わが国においても日本法とソヴェト法の比較というような、いわゆる国別比較や事項別比較が今後大に行われるべきものと考えている。もちろん社会主義法と資本主義法の一般的性格についてのいわ

ゆるマクロの比較 (macrocomparison) が有する意味を否定するつもりはないし、国家独占資本主義段階におけるブルジョア法の特質を解明することの重要性は大いに尊重すべきものと思う。体制の内部にいる者にとつて、体制の外部からするその体制の特徴づけや批判は、しばしば有益だからである。しかしもしこの種の比較に際して、一切の法制度が常に必らず国家独占資本主義という一般的な、あまりにも一般的な枠内で処理されるならば、その枠は比較法にとつてあまりにも過大なものと化しはしないかとわたくしは惧れるのである。しかもまた、世界には一個のブルジョア法や単一の社会主義法が存在するわけではなく、そこには、それぞれの内部において極めて多種のブルジョア法があり、多様な社会主義法が存在しているのである。例えばルーマニアは一八六四年の民法典 (Codul civil) を維持し、ハンガリーは一九六〇年の新民法典においても固有の相続法を保持した。⁽²¹⁾ 東欧諸国のなかで旧法を全面的に廃棄したのはユーゴスラヴィアのみであるが、ここにおいても裁判官は、「民族解放斗争の戦果、各種の反ファシスト評議会及び民族解放委員会の宣言や決定に反しない」旧規定の適用が許されていた。⁽²²⁾ こうして一個のブルジョア法や一種の社会主義法が存在しない以上は、先ず国別または事項別の比較から開始されるべきことは、わが国の現段階においてもつとも望ましいことのように思われる。

(3) 目的設定の困難 ソヴェト法を比較の対象に採り上げる場合には、既に前章の(三)で述べたように、ブルジョア法内部における比較の追求する法の統一とか外国法の立法的摂取のような行動の目的よりも、むしろ比較される自国法や外国法の認識、或いは法哲学、法史学、実定法学上の理論構成等に奉仕すべき認識の目的がより多く追求されるであろう。しかしわれわれの立場でソヴェト法を比較の対象に加える場合には、やはり自国法改善の目的が放棄されるべきでないということを、ここで再言せざるをえない。しかしまた、まさしくここに目的設定の困難や不明確さが横たわっているのであつて、その結果として比較者の側には、常にその比較から得られるべ

き収獲乃至実益に対する不安がつきまとうのである。實際わが国の民法典はドイツ法をモデルにしたが、それを越えて、それはドイツ民法典の完全な模倣であるとする信仰が圧倒的であつたし、一旦信仰として告白されたものは容易には変えられないのである。それどころかこのことは、法学が法解釈学と混同されるというわが国の一般的傾向⁽²⁴⁾と相まつて、解釈の指針をもつばらドイツ法に求める傾向を助長した。そこでは、ドイツ法を学ぶことが法律家たる資格のように考える風潮が支配せざるをえなかつたのである。もちろんこのことは、決してわが国に特殊な奇妙な現象であるとは言えない。スイス民法典を継受したトルコは、スイス法のコメンタールを翻訳して裁判官に配布したほど、ほとんどまったくスイス法の体系に追随したからである。⁽²⁵⁾しかしわが国において追随されるべきであつたドイツ民法典自体は、一九世紀ドイツ法学の子であつて二〇世紀ドイツ法の母たる資格をもつていなかつた。⁽²⁶⁾それ故その施行後程なくして、既に一九一四年以来その体系は、広範囲に解体と空洞化(Neh-gliederung und Aushöhlung)の現象を避けえなかつた。⁽²⁷⁾この現象は、わたくしの主張を強めこそすれ、決して弱めるものではない。すなわちその現象に対処して展開された新たなドイツ法学の建設がわれわれのもつとも身近な模範であることは言うまでもないが、その現象自体は、決してドイツとわが国に特有の現象ではなく、自由主義法の社会化として、フランスにもイタリヤにもそしてイギリス等にも同様にみられるブルジョア法に一般的現象なのである。それは、サレイユのいわゆる文明諸国法の発展における「大きな国際的・一元的潮流」⁽²⁸⁾(les grands courants unitaires internationaux)をなすものであり、まさしくそこに比較法の活動領域と存在理由があると言えよう。くり返して言うならば、そもそも機能的比較は、体系からの解放を出発点にし、体系思考ではなくて問題思考に親しむものであるから、ここでは、少くともドイツ法の体系が優越すべき論理的必然性はない。それどころか更に、そこでは、ブルジョア法体系の枠を越えて社会主義法の経験に外からの光を求めることも可能で

あり必要でもあると思われる。その場合に、もちろんわたくしは、ブルジョア法発展の一般的潮流が社会主義法に注ぎ込むなどという安易な予言をするつもりはないので、わが国の立法者、裁判官及び学者がそれぞれの活動領域において社会主義法を直接的に模倣すべきであるというような軽卒な主張をするつもりはない。しかしブルジョア法における社会化の潮流が社会主義法の形成と発展の方向と正反対に志向しているとは到底思えないので、例えば生存権的基本権の実質的保障とか国民経済の計画化等の諸問題に関して、社会主義法の経験は、少くともわが国の法律家の心的態度に或る影響を与え、自国法改善のために或る有益な示唆を与えうるものと思われるのである。

(4) 機能的等価物発見の困難 比較の目的が確実に設定された場合にも、ソヴェト法において機能的等価物を発見するということは、われわれにとつて最後の、そしてつとも困難な作業となる。何よりもまず、ソヴェト法の一般的構造はブルジョア法のそれと形式的には類似しているが、家族法は民法典から独立した法典であり、商法典はなく、コルホーズ法の範疇がある。土地国有の下において動産と不動産の区別はなく、物権法は全体として極めて簡潔である。計画経済の下においてはいわゆる契約の自由は原則として否定され、納入契約のような独特の契約類型が重要な役割を果している。またそこには公法と私法の区別もなく、行政法は個人の権利利益の保護よりも、社会主義的財産の運用による合理的収益の確保とか、かかる財産の浪費や横領からの保護に向けられている。⁽²⁹⁾ 同様にまた、そこに用いられている概念や用語もしばしば意味内容を転じている。例えば、民主主義 (Demokratie—демократия) ‘適法性 (Gesetzmäßigkeit, légalité—законность) ‘トラスト (trust—trust) ‘仲裁 (arbitrage—арбитраж) 等の諸概念は、まったく或いは著しく違った意味で用いられている。⁽³⁰⁾ 従つてこのような分野で機能的等価物を求めることは、はなはだ困難であり、場合によつては不可能であろう。その点は、所有権や契約

の概念についても多かれ少かれ同様である。しかしこれらについてすら、既に述べたように、両体系間に機能的等価物乃至その存在を十分に予想せしめうるような接近点が存在している。同様にまた、例えば技術の進歩と人間精神によるその統御、オートメーションと自由時間の造成、普通教育と専門教育、福祉国家と官僚主義等々の諸問題は、ソ連においてもブルジョア国家においても同様に提起されている。こうしてソヴェト法とブルジョア法の間には、問題が適切に提起されるならば、われわれの予想以上に多くの機能的等価物が散在しているものと思われる。従つて、かかる機能的等価物発見の困難は、適切な問題提起によつて或る程度まで克服されるように思われる。既に述べたように、例えばわが国における売主の瑕疵担保責任の制度が充している法律的需要は、ソヴェト法においては、どのような仕方、どの程度まで満足させられているかというような仕方では常に提起されなければならないであろう。

最後に強調すべきことは、ソヴェト法とブルジョア法の比較に際しては、ブルジョア諸国法間の比較の場合より以上に、政治的、経済的及び社会的諸関係がもつとも慎重に顧慮されるべきだということである。すなわち機能の類似性や等価性が解明され比較法の各種の目的に利用される場合にも、それぞれの法の機能が窮極的にはいかなる体制に奉仕するかを意識すべきだということである。しかしまた、この意識は、比較過程の当初にもたれるよりも、その終りにもたれば足りるということである。

(17) Gorla, op. cit., p. 937.

(18) カール・清水訳、前掲、三六頁。

(19) Wenger, Zum Zivilrecht Sowjetlands, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 20, 1926/27, S. 43.

(20) ダヴィドの簡潔な敘述は、この間の事情を如実に伝える。すなわち、「ソヴェトは、不幸な戦争の直後に権力を掌握するに至つた。全世界はかれらに敵対し、ロシアにおいてすら、反革命の成功の見込はあつた。経済は、外国戦争と市民戦争によつて破壊された。饑餓は脅

威的であり、一九二一年まで支配した。とりわけ農村においてそうであり、西欧はそれに対し無関心であつた。西欧は、ポリシェヴィキ革命に恐怖を抱き、それと自己の間にかの有名な『防疫線』を設けることしか考えなかつた。ソヴェト市民は、資本主義的民主主義についての悪感情が勝手に奔流したこの時期の思い出を決して忘れなかつた。」(David et Hazard, *Le droit soviétique*, t. 1, 1954, p. 107.)

- (21) Loeber, a. a. O., S. 219.
- (22) David, *Systèmes*, p. 279.
- (23) 野田、日本における外国法の摂取、岩波講座・現代法14 (外国法と日本法)、一九六六年、一六九頁以下、一七一頁以下。
- (24) 川島、日本人の法意識 (岩波新書)、一九六七年、四二頁。
- (25) Hirsch, *Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 1954, Bd. 116, S. 204. この問題については、大木、トルコにおける外国法の継受 (未刊) において取扱つてゐるので、詳細は、それを参照されたい。
- (26) ボエマーは言う。「ドイツ民法典は、その体系、法技術及び法の文体においてのみならず、その政治的、社会的及び経済的『精神』においても、二〇世紀の母であるよりもむしろはるかに一九世紀の子である。それは、『大法典が偉大な法思想の結実であり、種子ではない』という極めて多くの大法典の『悲劇』を分ち有している。法学の創造的な時代の終りにあつて、ドイツ民法典は、その法学の宝物を回顧的に蒐集し、それらに対して、ごく僅かばかりの将来をはらんだ新しい素材を附加しているにすぎない。」(Boehmer, a. a. O., S. 78.)
- (27) Wieacker, *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, a. a. O., S. 4.
- (28) Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, *Procès-verbaux des séances et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, t. 1, Paris, p. 175. (大木訳、立教法学、第二号、一九六一年、一三九頁)。
- (29) David, *Systèmes*, p. 254 et ss.
- (30) Loeber, a. a. O., S. 222 f.

以上に列挙した種々の困難は、それぞれ無視しえない問題をはらんでおり、ブルジョア法とソヴェト法の比較の前に横たわる障害は確かに大きい。既に述べたように、実際、もしそれらが克服し難い困難であり、かつ、そ

れらが競合してわれわれの面前に現われるならば、全体としてそれは、ここにある比較可能性をほとんど奪い去るものとなるからである。しかしそれらの困難は、いささかそれぞれの個所でも述べたように、決して克服しえないものではない。言語的障碍はロシヤ語の習得や欧米の研究を利用することによつて、資料の蒐集難は研究者と研究機関の組織的努力によつて、そして何よりも生きた法の確認は慎重な研究によつて克服されるはずである。イデオロギー的敵対感情は、しばしば無知と盲従の精神によつても育くまれるものであるから、少くともそれに対しては、理解の努力と批判的精神が有効に対抗しうるであろう。ブルジョア法一般と社会主義法一般の比較が困難であれば、最初からそれを試みようなどとは考えずに、国別又は事項別の比較から始めれば足りるし、そこから始めることはむしろ望ましいことであろう。また、ここでは比較の目的が不明確で、その比較に費される労力に比して得られうる実益は少ないという見解もあるが、わたくし自身は未だこの分野の比較研究に関して貧しい経験しか有しないので、この種の極めて常識的な、しかし或る意味では恐ろしく大胆な信仰を告白する気にはなれない。その見解は確かに体系思考の所産である。しかし、今やかかる思考方法自体の価値が疑われているはずである。それどころかわたくしは、自由主義法の社会化と社会主義法の自由化という現象を厳密に検討しておく必要があると考えているし、そもそも純然たる資本主義社会とか純粋な社会主義社会などというものは神話にすぎないと思つてゐる。しかもそれぞれの法体系間における機能的等価物の存在は、本稿において既に例証したはずである。その発見はもちろん困難であるが、問題を慎重かつ適切に提起することによつて、その困難は或る程度まで克服されうるであろう。こうして比較が体系の枠を越えて実行されるとき、転換期にあるわれわれの法がその比較から得る利益は、体系の枠内で行われる比較から得られる利益よりもしばしば大きいものでありうるであろう。従つてその比較に大きな労力が費されれば、そこからは同様に大きな収獲が期待されるのでは

なからうか。このようにみえてくると、ブルジョア法とソヴェト法の比較の前に横たわる困難は、それぞれ克服しうるものであり、従つて既に確認されている比較可能性を再び奪い去るものではありえない。諸外国では現実にその比較が企てられ、かつ、実施されている。しかもそこではいわゆるソヴェト法の専門家のみならず、むしろ一般の比較法学者や民刑事法の専門家によつて積極的に研究が続けられている。翻えつてわが国においては、問題はむしろ、両法体系の異質性を不当に誇張することから、安易にもその比較可能性を全面的に否定し、或いは体系的思考方法に束縛されて、その比較からいわゆる実益は得難いと思ひこんでしまうことにあるのであつて、かかる閉鎖的態度からは、何ものも得られないのではなからうか。

最後に一言つけ加えよう。何よりもわれわれは世界に正義が行われることを願うものである。しかしそのために天が墜ち世界が滅びては意味がないので、正義は平和共存の中で求められなければならない。しかもわれわれのブルジョア社会だけが正義を追求しているわけではなく、われわれのブルジョア法だけが正義に適つているとは到底思われない。⁽³²⁾ それどころか、ツヴァイゲルトとともに言うならば、われわれは何が正義であるかを知らない。⁽³³⁾ 信仰の問題としてならばともかくとして、科学の問題として、われわれはそれを知らない。するとそれを認識するためには、何にもまして謙虚な比較に頼らざるをえないのではないか。何よりもこれによつてそれに少しでも近づこうとする努力をゆるがせにしえないのではなからうか。わたくしにとつては、いまこそソヴェト法とブルジョア法との平和の比較法が単に可能であるのみならず、もつとも必要なときであると思われるのである。

(31) 宮沢、正義について——ケルゼンを廻つて、立教法学創刊号、一九六〇年、二五—六頁。

(32) 合衆国最高裁判所裁判官ジャクソンは言う。「今こそわれわれは、自分達をこの世界では、正義を愛好し、或いは何が正義かを理解し、自己の法体系においてそれに達しようと斗かつており、或いは価値についての教訓をなす経験を保持する唯一の国民であるかのように思う

وَأَمَّا فِي الْمَدِينَةِ الَّتِي كُنتُمْ تُكَذِّبُونَ عَنْهَا رَسُولَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ الَّذِينَ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا فَهُمْ لَا يَمْنَعُونَ (Jackson, Foreword to "Law in the Middle East, Vol. 1, edited by Khadduri and Liebesny, 1955", viii).

(33) Zweigert, Nationale Rechtstradition, Weltrecht und Gerechtigkeit, in : Neue Perspektiven aus Wirtschaft und Recht (Festschrift für Hans Schäffer), 1966, S. 333, S. 340 f.